

UNIVERSITÉ DE LYON
FACULTÉ DE DROIT

DU

DROIT DE TRANSCRIPTION

en matière de licitation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
de Lyon, le 30 Juin 1899

PAR

Eugène JULLIEN

SURNUMÉRAIRE DE L'ENREGISTREMENT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



LYON

IMPRIMERIE DES FACULTÉS

20, Rue Cavenne, 20

—
1899

DU

DROIT DE TRANSCRIPTION

en matière de licitation

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE LYON
FACULTÉ DE DROIT

DU
DROIT DE TRANSCRIPTION

en matière de licitation

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
de Lyon, le 30 Juin 1899

PAR

Eugène JULLIEN

SURNUMÉRAIRE DE L'ENREGISTREMENT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ



LYON
IMPRIMERIE DES FACULTÉS
20, Rue Cavenne, 20
—
1899

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, O. ✱, I. ✱, *doyen*, professeur de droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ✱, professeur honoraire.

THALLER, I. ✱, professeur honoraire, professeur à la Faculté de droit de Paris.

GARRAUD, I. ✱, professeur de droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de droit romain.

FLURER, I. ✱, professeur de droit civil.

ROUGIER, I. ✱, professeur d'économie politique.

AUDIBERT, I. ✱, professeur de droit romain.

COHENDY, I. ✱, professeur de droit commercial.

PIC, A. ✱, professeur de droit international,

BARTIN, I. ✱, professeur de droit civil.

SOUCHON, A. ✱, professeur d'histoire des doctrines économiques.

APPLETON (Jean), professeur de droit administratif.

LAMBERT, agrégé, chargé du cours d'histoire du droit.

BOUVIER, agrégé, chargé du cours de science et législation financière.

LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'histoire du droit public.

JOSSERAND, agrégé, chargé du cours de procédure civile.

GUERNIER, chargé du cours d'histoire des doctrines économiques.

BECQ, A. ✱, *secrétaire*.

Jury

Président : M. FLURER

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. GARRAUD, professeur.} \\ \text{M. JOSSERAND, agrégé.} \end{array} \right.$

BIBLIOGRAPHIE

GARNIER. — Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement, 7^e édition Vis Licitacion, Partage, Usufruit, Hypothèques.

— Dictionnaire des Droits d'Enregistrement, Vis Partage, Licitacion, Usufruit et Nue-Propriété.

FLANDIN. — De la Transcription en matière hypothécaire, t. II, n^{os} 1387 et suivants, 1394, 1403.

DEMANTE. — Principes de l'Enregistrement, 4^e édition, t. I, n^{os} 102 et suivants, t. II, n^{os} 699 à 716.

NAQUET. — Traité théorique et pratique des droits d'Enregistrement, t. I, n^{os} 86 et suivants, 423 et suivants.

CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des droits d'Enregistrement.

DALLOZ. — Jur. gén., Vis Enregistrement, n^{os} 5963 à 6058 ; Substitution n^{os} 393 à 439 ; Privilèges et hypothèques, n^{os} 2009 à 2072 ; Transcription hypothécaire, n^{os} 41 et suivants.

DALLOZ. — Jur. gén. supplément, Vis Enregistrement, n^{os} 3511 à 3587 ; Substitution, n^{os} 298 à 347 ; Privilèges et Hypothèques, n^{os} 1264 à 1312 ; Transcription hypothécaire, n^{os} 12 et suivants.

MAGUERO. — Traité alphabétique des droits d'Enregistrement, V^o Société.

BERGER. — Transcription ; Distinction des actes translatifs de propriété d'avec ceux qui sont simplement déclaratifs, 1875, §§ 25, 67 bis, 68.

VALETTE. — Mélanges de droit et de jurisprudence, t. II, p. 143 et suivants.

DALMBERT. — Traité théorique et pratique de la purge des privilèges et hypothèques, 1891.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, t. II, §§ 209 et 226, t. III, § 293 bis, t. V, § 505, t. VI, § 583 et 633, t. VII, §§ 696 et 723.

WAHL. — Des Rapports du droit de transcription avec le droit de mutation à titre onéreux. Thèse 1886.

THOMAS. — Du droit de transcription. Thèse 1891.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

1856, t. VIII, qui a le droit de purger, LABBÉ, p. 209 et suivantes.

1873-1874, nouvelle série, t. III. Nouveaux développements sur cette question : Qui a le droit de purger, LABBÉ, p. 337 et suivantes.

1885, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, TESTOUD, p. 153 et suivantes.

1885, examen doctrinal, Jurisprudence civile, LABBÉ, p. 344 et suivantes.

1890, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, TESTOUD, p. 262 et suivantes.

1891, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, PLANIOL, p. 489 et suivantes.

1892, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, PLANIOL, p. 519 et suivantes.

1896, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, BINET, p. 427 et suivantes.

1898, examen doctrinal, Jurisprudence en matière d'Enregistrement, BINET, p. 206 et suivantes.

Revue pratique de droit français, 1870, Purge des hypothèques, VAVASSEUR, p. 168 et suivantes.

Revue pratique de droit français, t. XLII, 1876, BERGER, p. 534 et suivantes.

Instructions générales de l'Administration de l'Enregistrement.

Années 1876, n° 2542, § 4 ; 1879, n° 2626, § 2 ; 1881, n° 2650, § 2 ; 1886, n° 2724, § 2 ; 1889, n° 2780, § 2 ; 1890, n° 2798, § 2.

DU DROIT DE TRANSCRIPTION

en matière de licitation

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

SUR LA TRANSCRIPTION

L'exposé des motifs de la loi du 23 mars 1855 définit la transcription « l'accomplissement d'une formalité destinée à procurer aux tiers, créanciers ou acquéreurs, la publicité matérielle, durable et facile à chercher des mutations de la propriété immobilière et des démembrements ou charges qui peuvent en altérer la valeur » (1). Elle se réalise par la copie littérale et entière de l'acte soumis à la formalité sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques, et dont toute personne peut prendre connaissance, et elle doit avoir lieu au bureau dans l'arrondissement duquel les biens sont situés (art. 2.181, Code civil).

Elle a dans notre droit actuel un double rôle.

Elle constitue tout d'abord et essentiellement une mesure de publicité; elle rend, en effet, opposables aux tiers

(1) Sirey. Lois annotées, 1855, p. 24.

les transmissions entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, d'immeubles et de droits réels immobiliers, et les actes constitutifs de certains droits personnels dont l'existence est de nature à diminuer la valeur des immeubles auxquels ils se rapportent. A ce point de vue, elle entoure de sécurité les transactions relatives aux immeubles, car elle permet de se renseigner facilement sur le crédit immobilier d'un individu. La prudence exige de celui qui veut acquérir un immeuble qu'il s'informe si son vendeur en est réellement et toujours propriétaire. Ce dernier prouvera qu'il est devenu propriétaire en montrant ses titres de propriété, ou en invoquant la prescription qui a pu s'accomplir à son profit ou au profit de ses auteurs; il prouvera qu'il est resté propriétaire s'il ne se révèle au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble aucune transcription sur son compte. Le tiers peut, dès lors, traiter avec lui en toute confiance, à la condition toutefois de faire lui-même transcrire au plus tôt son titre et de ne pas payer son prix avant d'avoir vérifié s'il n'existe pas de transcription antérieure à la sienne. De même, le capitaliste qui ne prête sur hypothèque qu'autant qu'il est certain que l'immeuble donné en gage est réellement la propriété du constituant, ne jouira d'une parfaite sécurité que s'il fait inscrire son hypothèque avant toute transcription. C'est que les droits qui résultent d'actes soumis à la transcription sont sans effet à l'égard des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble et qui, avant la transcription, les ont conservés conformément à la loi. Et récipro-

quement, la sûreté donnée par la transcription consiste en ce que celui qui a transcrit est à l'abri de toute révélation ultérieure de droits nés du chef de son auteur, en tant qu'il s'agit de droits qui devraient être publiés. Il est à remarquer, d'ailleurs, que comme mesure de publicité, la transcription ne concerne que les tiers; le principe d'après lequel la propriété se transmet par le seul effet du consentement, subsiste dans les rapports des parties entre elles (art. 1.138, Code civil).

La transcription constitue, en second lieu, la première formalité que doit remplir le tiers détenteur qui veut procéder à la purge des hypothèques (art. 2.181, Code civil). C'est une conséquence nécessaire de ce qu'elle consolide la propriété à l'égard des tiers. Tant qu'elle n'est pas effectuée, les créanciers du précédent propriétaire peuvent utilement inscrire les privilèges ou hypothèques qu'ils ont acquis de son chef. Or, le nouveau propriétaire qui veut purger, c'est-à-dire nettoyer l'immeuble des hypothèques qui le grèvent, doit, au préalable, commencer par arrêter la liste de celles qui lui sont opposables, c'est à-dire de celles qui ont été inscrites. A cet effet, la transcription est indispensable : elle clôt cette liste en arrêtant le cours des inscriptions du chef du précédent propriétaire. Si le tiers détenteur purgeait avant de transcrire, il ne consoliderait qu'imparfaitement son droit de propriété sur l'immeuble, car il resterait toujours exposé aux poursuites de créanciers qui se seraient valablement inscrits pendant le cours des opérations de la purge ou

après qu'elles seraient terminées, et qui, n'ayant pas été liés à la procédure, ne pourraient se la voir opposer.

Il résulte de l'esprit des articles 2.181 et 2.183 du Code civil que la purge ne peut avoir lieu en principe sans transcription. Il ne faut donc pas prendre trop à la lettre les expressions du premier de ces articles qui ne parle que de contrats *translatifs* de propriété; et l'on doit décider que si le titre d'acquisition du tiers détenteur est un testament contenant un legs particulier, ce tiers détenteur doit le soumettre à la transcription s'il veut donner aux créanciers inscrits le premier avertissement qui ouvre la procédure de la purge, bien que cette formalité ne lui soit pas nécessaire pour devenir propriétaire à l'égard des tiers, d'après la loi du 23 mars 1855 (1). La transcription est ici réduite à son deuxième rôle.

Tels sont les deux objets principaux de cette formalité. Elle confère, en outre, les avantages suivants :

1° Ainsi que cela résulte des explications données ci-dessus, elle arrête immédiatement et par elle-même, du moins en général, le cours des inscriptions de tous privilèges et hypothèques sur le précédent propriétaire (art. 6, loi du 23 mars 1855). C'est-à-dire que l'inscription, prise après la transcription de l'acte d'aliénation, est destituée de toute efficacité tant au point

(1) Troplong. Privilèges et Hypothèques, IV-903. — Laurent, t. XXXI, n° 441. — Dalmberg. Traité de la Purge des Privilèges et Hypothèques, n° 112. — Cass., 26 février 1862, D. 62, 1, 182; S. 62, 1, 609. — Trib. de la Seine, 14 février 1896. sous cass. 28 décembre 1897. D. 98, 1, 225, S. 98, 1, 145,

de vue du droit de préférence qu'au point de vue du droit de suite.

2° Elle fixe le moment à partir duquel le tiers acquéreur commence à prescrire par dix à vingt ans contre les créanciers hypothécaires (art. 2.180-4, C. c.). Rien n'est plus rationnel puisqu'elle est nécessaire pour rendre le droit de l'acquéreur d'un immeuble opposable aux tiers, et que le créancier hypothécaire est un tiers à son égard.

3° Elle conserve le privilège du vendeur indépendamment de toute inscription (art. 2.108, C. c.) Les tiers, en consultant l'acte transcrit, apprennent que le prix est encore dû en tout ou en partie par l'acheteur, et ils savent que la loi garantit par un privilège la créance du vendeur (art. 2.103, C. c.).

4° Enfin, en matière de substitutions, elle a pour but d'éclairer les tiers sur la situation du grevé qui ne peut concéder sur les immeubles substitués que des droits résolubles et non opposables aux appelés (art. 1.069, C. c.). Elle constitue encore ici une mesure de publicité. Elle se confond, dans le cas d'une donation entre vifs, avec la transcription requise par l'art. 939, C. c., pour la transmission de la propriété. Mais lorsqu'il s'agit d'une disposition testamentaire, toute son utilité se réduit à faire connaître la charge de conserver et de rendre qui a été imposée au légataire par le testateur.

Des quelques notions générales qui précèdent, il résulte que la transcription jouit dans notre droit d'une grande importance. Elle est la base de ce qu'en

économie politique on peut appeler le « crédit foncier », car, par la sécurité qu'elle donne aux acquéreurs, elle favorise singulièrement les transactions relatives aux immeubles. Il n'en a pas toujours été ainsi. Il n'est pas sans intérêt de rechercher son origine et de retracer sommairement les nombreuses vicissitudes qu'elle a traversées. Ces vicissitudes ont eu, d'ailleurs, leur contre-coup dans la législation fiscale. Il est utile de les connaître pour comprendre les modifications dont cette dernière a été l'objet relativement au droit de transcription.

Notre ancien droit ne connaissait pas, en général, la publicité des transmissions immobilières. Dans les pays de droit écrit et dans la majeure partie des pays coutumiers, on avait adopté les principes du droit romain en vertu desquels la transmission de la propriété ne s'opérait, soit à l'égard de l'aliénateur, soit à l'égard des tiers, que par la tradition ; mais on les avait profondément modifiés en matière immobilière par l'effet de la clause de *déssaisine-saisine* qui opérait une tradition fictive équivalente à la tradition réelle. C'était donc de tout point un régime de clandestinité. Il existait cependant certaines exceptions. C'est ainsi que toutes les donations entre vifs, tant mobilières qu'immobilières, étaient soumises à *l'insinuation*, copie de l'acte de donation sur les registres des greffes des tribunaux, et qui constituait une condition de forme nécessaire pour leur validité à l'égard des tiers. En outre, dans certaines provinces du Nord qu'on appelait *pays de nantissement*, il était de règle que la

propriété immobilière ne pouvait se transférer à l'égard des tiers, et même entre les parties, en l'absence d'une investiture donnée par le seigneur ou ses officiers de justice, et qui était inscrite sur des registres publics tenus à cet effet. C'était donc le seigneur qui ensaisinnait l'acquéreur. Un décret du 15 mars 1790 vint recommander la conservation des coutumes de nantissement. L'investiture devait être mentionnée sur des registres tenus dans les tribunaux (loi des 20-27 septembre 1790, art. 3 à 5). C'est de cette législation que se sont inspirés les Rédacteurs de la loi du 11 brumaire an VII, lorsqu'ils ont soumis à la transcription sur les registres hypothécaires les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque. Le système de cette loi est tout entier formulé par les articles 26 et 28. L'omission de la formalité dont il s'agit a pour effet de rendre la transmission des droits immobiliers qui y sont soumis non opposables aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la loi. De sorte qu'un second acquéreur ou un créancier hypothécaire, même postérieurs à l'aliénation, ne peuvent se la voir opposer s'ils ont fait publier leur titre avant la transcription de l'acte d'aliénation. A la différence de ce qui avait lieu dans les pays de nantissement, l'efficacité de la transmission de la propriété entre les parties n'est plus subordonnée à l'accomplissement de la transcription.

Cette même loi du 11 brumaire an VII, en même temps qu'elle établissait la nécessité de la transcrip-

tion comme mesure de publicité, organisait un nouveau mode de purger les privilèges et hypothèques (art. 30 et s.), lequel a été adopté par le législateur du Code civil en ce qui concerne les hypothèques inscrites. Le premier acte que doit accomplir le tiers détenteur qui veut purger est la transcription de l'acte d'aliénation. Dans l'ancien droit, il fallait se munir de lettres de ratification émanant des chancelleries établies près les baillages et sénéchaussées, ainsi que le prescrivait l'Édit de 1771. C'est d'ailleurs de cet édit que s'est inspiré le législateur de 1804 en ce qui concerne la purge des hypothèques dispensées d'inscription, car, à la différence de celui de l'an VII, il n'a pas admis d'une façon absolue le principe de la publicité, et il reconnaît l'existence de certaines hypothèques indépendamment de toute inscription.

Survient le Code civil qui, par une contradiction assez étrange, soumet à la transcription, comme condition d'efficacité à l'égard des tiers, les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques et les substitutions portant sur des immeubles (art. 939 à 941 et 1.069, C. c.), mais en affranchit les actes translatifs de propriété à titre onéreux, contrairement au système de la loi de brumaire. Désormais, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble ou de droits réels immobiliers, celui-là est préféré dont le titre a acquis le premier date certaine, de sorte qu'en traitant avec celui qui a toutes les apparences du droit de propriété, on n'est jamais sûr de traiter avec le véritable propriétaire que rien ne vient révéler. Quant

aux créanciers hypothécaires, ils ne peuvent plus valablement prendre inscription dès que l'acte d'aliénation de l'immeuble hypothéqué a reçu date certaine, et comme ils n'ont pas le moyen de s'assurer que le bien qui leur est donné en gage est la propriété de leur débiteur, ils peuvent se voir dépossédés par une aliénation faite la veille et qu'ils ne pouvaient soupçonner.

La transcription perd sa principale utilité. Elle reste toujours cependant, comme dans la loi de brumaire, le premier acte de la purge (art. 2181), mais sans aucune nécessité. De plus elle est une condition de l'extinction des privilèges et hypothèques par la prescription de dix à vingt ans, et peut au besoin remplacer l'inscription pour la conservation du privilège du vendeur (art. 2180 et 2108 C c) : c'est au moins singulier, sinon illogique, puisqu'on admet que le seul consentement transmet à l'acheteur la propriété de l'immeuble vendu *erga omnes*.

Sous l'empire du Code de 1804, et malgré ces quelques avantages, la formalité de la transcription était rarement requise des acquéreurs à titre onéreux qui n'avaient presque jamais intérêt à la faire accomplir. Cet état de choses était nuisible aux intérêts du Trésor qui perdait de ce chef le droit proportionnel de 1,50 0/0 établi par la loi du 21 ventose an VII (art. 25). D'autre part on fut frappé de la situation défavorable des créanciers qui n'avaient pu inscrire utilement l'hypothèque qu'ils avaient acquise antérieurement à l'aliénation. C'est pour y remédier et rendre les transcriptions

plus nombreuses que l'on inscrivit dans le Code de procédure les articles 834 et 835 qui permettaient aux créanciers dont nous avons parlé de s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation, et même dans la quinzaine suivante. La transcription devenait ainsi une sorte de mise en demeure adressée à ces créanciers puisqu'elle faisait courir le délai de quinzaine dont l'expiration arrêta le cours de leurs inscriptions.

Le système de la clandestinité donnait lieu, ainsi qu'il est facile de le comprendre, à de nombreuses fraudes, et il en résultait un défaut absolu de sécurité dans les transactions immobilières. Le seul remède était le retour à la loi de brumaire, au principe de la publicité qui est la base de l'établissement de la propriété aussi bien que celle d'un bon régime hypothécaire.

En 1841, le Gouvernement entreprit une grande enquête sur l'opportunité de rétablir la transcription avec ses conséquences protectrices des droits des tiers. La réforme allait aboutir lorsque survint la Révolution de 1848. Elle fut reprise en 1849, et elle embrassait même toute la refonte du titre des Privilèges et Hypothèques. Mais les événements politiques en arrêtaient le vote définitif. L'idée d'une réforme complète du régime hypothécaire fut dès lors abandonnée ; et le projet présenté au Corps Législatif le 11 mai 1853 avait trait seulement au rétablissement du système de la loi de brumaire. C'est de là qu'est sortie la loi du 23 mars 1855 qui nous régit actuellement et qui fait de la transcription la condition d'efficacité à l'égard des tiers non

seulement des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques, mais en outre des actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, des baux de plus de dix-huit ans, et des actes constatant le paiement ou la cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus (art. 1 à 3).

La formalité de la transcription donne lieu à un droit proportionnel de 1 1/2 0/0 (art. 25 de la loi du 21 ventose an VII). (1) C'est la perception de ce droit en matière de licitation qui fait l'objet de l'étude qui va suivre. Nous la diviserons en quatre chapitres, le premier consacré à l'explication et à l'interprétation de l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816 qui détermine les cas où ce droit doit être perçu lors de l'enregistrement; — les trois derniers ayant pour objet l'examen des différentes conditions que doit remplir toute licitation pour échapper à l'application de cet article.

(1) Ce droit est soumis aux décimes.

CHAPITRE PREMIER

L'ARTICLE 54 DE LA LOI DU 28 AVRIL 1816

Le principe d'un impôt comme salaire de la formalité de la transcription se rencontre pour la première fois dans la loi du 9 vendémiaire an VI dont l'article 62 est ainsi conçu :

« Il sera établi au profit du Trésor public et perçu
« par les Receveurs de l'enregistrement : 1° un droit
« proportionnel calculé à raison de 1/2 0/0 du montant
« des créances hypothécaires..... etc.; 2° un autre
« droit proportionnel de 1 1/2 0/0 sur le prix intégral
« des mutations que les nouveaux possesseurs vou-
« dront purger d'hypothèques. »

La loi du 21 ventose an VII, relative à l'organisation de la conservation des hypothèques, confie aux conservateurs la perception de cet impôt. L'article 19 indique les actes sur lesquels il doit être perçu :

Art. 19. — « Il sera perçu au profit du Trésor public, conformément à la loi du 9 vendémiaire an VI,
« un droit sur l'inscription des créances hypothécaires
« et sur la transcription des actes emportant mutation
« de propriétés immobilières. »

L'article 25 indique le mode de liquidation :

Art. 25.— « Le droit sur la transcription des actes
« emportant mutation de propriétés immobilières sera
« de 1 1/2 0/0 du prix intégral desdites mutations, sui-
« vant qu'il aura été réglé à l'enregistrement. »

Cette loi, en parfaite harmonie avec celle du 11 brumaire an VII, qui venait de soumettre à la transcription les actes translatifs de biens susceptibles d'hypothèques, ne visait que les actes emportant mutation, à l'exclusion des actes simplement déclaratifs de propriété. Quant au paiement du droit, il était facultatif : sa perception n'avait lieu que lors de la présentation volontaire du contrat à la formalité au bureau des hypothèques. Il avait paru au législateur que les parties chercheraient rarement à s'y soustraire à raison de l'incontestable utilité que leur offrait la transcription. Ces prévisions ne furent cependant qu'en partie réalisées. Les acquéreurs et les donataires se dispensaient souvent de faire transcrire leur contrat, soit par simple négligence, soit pour échapper à un droit relativement élevé. Il y avait là, une perte assez considérable pour le Trésor. Ce fut bien pis encore après la promulgation du Code civil, puisque la transcription n'avait conservé son ancienne utilité qu'en ce qui concerne les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques et les substitutions permises portant sur des immeubles. En matière de mutations à titre onéreux, le régime de la clandestinité lui avait enlevé son plus réel intérêt. Elle était bien encore maintenue comme formalité préalable à la purge des privilèges et hypothèques (art. 2181 C. civ.) ; mais soit que l'immeuble transmis fût libre de

toute charge, soit que le tiers détenteur renonçât à purger, c'était là une procédure d'une application assez rare, et les intérêts du Trésor étaient de plus en plus compromis.

Nous avons vu, au cours de la précédente introduction, que l'innovation des articles 834 et 835 du Code de procédure fut inspirée tout à la fois par une pensée d'équité et par la préoccupation fiscale de rendre les transcriptions plus nombreuses. Mais le but qu'on s'était proposé ne fut qu'imparfaitement atteint. Il fallait nécessairement en venir à une mesure radicale : percevoir le droit de transcription lors de l'enregistrement de l'acte, toutes les fois qu'il serait reconnu que la formalité pouvait avoir en droit un intérêt pour les parties, et sans attendre qu'elle fût effectivement opérée au bureau des hypothèques. C'était en même temps veiller à la sécurité des parties qui ayant payé par avance le salaire de la formalité n'auraient plus de motifs pour omettre de la requérir. C'est le système qui fut adopté par la loi du 28 avril 1816 votée sous le coup des pressants besoins financiers qui marquèrent la chute du premier Empire. Les articles 52 et 54 qui sont toujours en vigueur édictent d'une façon très succincte les règles qui doivent gouverner la perception du droit de transcription. Ils sont ainsi conçus :

Art. 52. « Le droit d'enregistrement des ventes
« d'immeubles est fixé à 5 1/2 0/0 ; mais la formalité
« de la transcription au bureau de la conservation des
« hypothèques ne donnera plus lieu à aucun droit pro-
« portionnel. »

Art. 54. « Dans tous les cas où les actes seront de nature à être transcrits au bureau des hypothèques, le droit sera augmenté de 1 1/2 0/0, et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. »

Pour comprendre l'innovation résultant de ces dispositions, il importe tout d'abord de rechercher comment elles ont trouvé place dans la loi.

Les articles 52, 53 et 54 ne faisaient pas partie du projet de loi ; ils furent l'ouvrage de la Commission du budget. L'article 47 du projet modifié, confondant le droit de transcription avec celui d'enregistrement pour les ventes d'immeubles, est devenu l'article 52 de la loi. L'article 48 débutait par la disposition de l'article 53 actuel, et se terminait par cet alinéa général : « Dans tous les cas où les objets ainsi transmis seront de nature à être transcrits, le droit sera augmenté de 1 1/2 0/0 et la transcription ne donnera plus lieu à aucun droit proportionnel. » Il en résultait que les actes de nature à être transcrits dont parlait le législateur étaient ceux dont il était fait mention dans le même article, savoir : les donations d'immeubles entre époux, en ligne collatérale et entre personnes non parentes.

Mais dans le Bulletin des Lois, l'alinéa final de l'article 53 parut sous la forme d'un article distinct et portant le n° 54. Y eût-il, comme le pensent MM. Championnière et Rigaud, une erreur dans l'insertion au Bulletin ? On ne saurait l'affirmer ; la discussion de ces articles ne donne aucun renseignement. En tout

cas, la transposition est très nette ; l'article 54 s'exprime d'une façon générale et absolue : il soumet obligatoirement au paiement du droit de transcription tous les actes de nature à être transcrits. Les nécessités financières peuvent d'ailleurs fort bien expliquer la règle un peu rigoureuse édictée par le législateur. ⁽¹⁾

Mais que faut-il entendre par ces termes d'une portée très générale : « actes de nature à être transcrits » ? Ce ne sont pas seulement les actes emportant mutation de propriété immobilière qu'avaient désignés les lois antérieures du 9 vendémiaire an VI, et du 21 ventôse an VII ; ce sont tous les actes, qu'ils soient translatifs ou déclaratifs de propriété, pour lesquels la transcription peut offrir aux parties une utilité quelconque au point de vue de la législation civile ⁽²⁾. La même définition a été donnée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 juillet 1862 « Attendu, porte cet arrêt, qu'à « la différence de la loi du 21 ventôse an VII qui, par « son article 25, n'imposait le droit de transcription de « 1 1/2 0/0 que sur les actes emportant mutation de « propriétés immobilières, la loi du 28 avril 1816 (art. « 52 et 54) impose ce droit, lors de l'enregistrement, « aux actes qui seront de nature à être transcrits ; « qu'ainsi sous l'empire de cette dernière loi, le droit de « transcription peut être perçu, lors de l'enregistrement

(1) Championnière et Rigaud : *Traité des Droits d'Enregistrement* tome 3 numéros 2183 et 2184. Réquisitoire de M. Bédarrides sous Cass. 12 janvier 1876, S. 76, 1, 81.

(2) Demante : *Principes de l'Enregistrement* t. I n° 102 ; Verdier, *Transcription hypothécaire* t. II n° 762 ; Dalloz, *Rép. Gen. V. Enregistrement* n° 6.022.

« sur les actes dont, quoiqu'ils ne soient pas translatifs
« mais simplement déclaratifs de propriété, la trans-
« cription peut avoir en droit un véritable intérêt. » (1)

Or, nous connaissons déjà les intérêts divers qu'offrait la transcription en 1816. Outre son utilité spéciale en ce qui concerne les substitutions (art. 1069 Code civil), elle consolidait la propriété à l'égard des tiers en matière de transmissions entre vifs à titre gratuit de biens susceptibles d'hypothèques (art. 939 et 941 Code civil), et, d'une manière générale, elle constituait la première des formalités à remplir par le tiers détenteur qui voulait procéder à la purge des privilèges et hypothèques (art. 2181 Code civil).

La vente est par excellence le contrat à titre onéreux translatif de propriété immobilière pouvant servir de point de départ à la purge. Elle est donc au premier chef un acte de nature à être transcrit. Mais le législateur l'a réglementée spécialement en ajoutant lui-même d'office le droit de transcription au droit d'enregistrement pour en faire un tout unique et indivisible. Il n'y a, à vrai dire, dans l'article 52 de la loi de 1816 qu'une application pure et simple du principe posé par l'article 54, et on aurait pu se dispenser de l'édicter. Faisons observer cependant que lorsqu'il s'agit d'une vente, le droit de transcription se trouve pleinement confondu avec le droit de mutation, de telle sorte que ces deux droits sont inséparables et qu'on ne peut percevoir l'un sans l'autre : d'où la consé-

(1) Instruction générale n° 2.239 § 7. S 62, 1, 988, D P 62, 1, 371.

quence pratique que le droit en sus, lorsqu'il est encouru, doit atteindre le premier aussi bien que le second.

La licitation, objet de notre étude, reste en dehors des dispositions de l'article 52 : elle n'est pas assimilée à la vente. Cela est très rationnel, car elle ne constitue pas dans tous les cas un acte de nature à être transcrit, mais seulement dans certaines circonstances. C'est une question à résoudre dans chaque espèce. Elle tombe donc sous l'application de la règle générale posée par l'article 54. C'est ce qu'exprime très nettement un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1821 ainsi conçu : « Attendu que si « l'art. 69, § 7, n^{os} 1 et 4 de la loi du 22 frimaire an VII « assujettit également a un droit proportionnel de « mutation de 4 0/0 et les ventes d'immeubles propre- « ment dites, et les acquisitions de parts indivises « d'immeubles par voie de licitation, la loi du 28 avril « 1816, en imposant par son article 52, sur les ventes « d'immeubles, un droit additionnel de 1 1/2 0/0, ne « contient pas une semblable disposition à l'égard des « licitations entre copropriétaires, et qu'ainsi on ne « peut pas induire de cet article 52 que ce droit addi- « tionnel soit applicable à ce dernier genre d'acqui- « sition, parce qu'en matière d'impôt surtout on ne peut « pas, par voie d'induction ou d'analogie, étendre « d'un cas à un autre la disposition de la loi, attendu « qu'à la vérité l'article 54 de ladite loi du 28 avril « 1816 applique en général la perception du droit « additionnel à tous les actes sujets à transcription,

« mais que cette disposition ne pourrait être appliquée
« dans l'espèce..... » (1).

L'étude du droit de transcription appliqué à la matière des licitations nous fournira souvent des applications de cette règle formulée maintes fois par la jurisprudence, à savoir que ce droit frappe non seulement les actes translatifs de propriété, mais encore tous actes simplement déclaratifs, dont la transcription peut avoir en droit un véritable intérêt.

Depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription a recouvré toute son utilité au point de vue de la transmission de la propriété à l'égard des tiers, elle est redevenue ce qu'elle était sous l'empire de la loi de brumaire an VII. Mais la portée de l'article 54 de la loi de 1816 ne s'est pas étendue, car les mutations de propriété étaient déjà assujetties au droit de transcription comme pouvant servir de base à la procédure de la purge. D'autre part, elle n'a reçu, à notre avis, aucune restriction. Mais ce dernier point est vivement combattu par certains auteurs (2).

Le droit de transcription, dit-on, ne doit jamais être perçu lors de l'enregistrement des actes que la loi de 1855 dispense de la transcription soit explicitement comme les adjudications sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant (art. 1^{er}, 4), soit implicitement comme les testaments et les partages, parce

(1) S. 22, 1, 211. Voir aussi cass. 27 juillet 1819. S. 20, 1, 105.

(2) Rapport de M. Bayle-Mouillard sous cass. 26 février 1862. D. 62, 1, 182. Troplong : de la Transcription, n° 273 ; Flandin, de la Transcription, t. 2, n° 1403 ; Valette : Consultation rapportée sous cass. 27 novembre 1872. S. 73, 1, 197.

que cette dispense s'applique tout aussi bien à la purge qu'à la transmission de la propriété. La loi de 1855 est en effet la loi organique de la transcription ; elle a eu pour objet de la réglementer à tous les points de vue. Elle s'est attachée tout d'abord avec grand soin à distinguer les actes qui doivent être transcrits de ceux qui ne doivent pas l'être, et l'exception que prévoit son article 1^{er} est pure et simple, sans restriction ni réserve. On ne peut raisonnablement soutenir qu'un acte dispensé de la transcription en termes généraux n'en soit exempt néanmoins qu'au point de vue du désaisissement à l'égard des tiers et y reste soumis au point de vue de la purge des hypothèques. D'autre part, soit dans les délibérations au Conseil d'Etat, soit dans les discussions au Corps législatif, on a toujours manifesté le désir le plus vif d'alléger le fardeau des droits de transcription, et cette préoccupation se retrouve dans le texte de la loi elle-même dont l'article 12 ne soumet qu'au droit fixe de 1 franc la transcription des actes ou jugements qui n'étaient pas soumis à cette formalité avant 1855. Enfin, le législateur ne pouvait toucher à la transmission de la propriété sans toucher aussi à la purge. Et, en effet, sous l'empire du Code civil la transcription n'était pas un complément nécessaire de l'acte de vente, mais seulement une formalité de purge faisant courir le dernier délai pour les inscriptions, et pas conséquent purgeant définitivement les hypothèques conventionnelles non inscrites. Elle n'est plus aujourd'hui un acte de purge : elle désaisit. Elle précède il est vrai

nécessairement la purge, mais « c'est parce qu'elle fait partie de l'acte de vente qui lui-même précède la purge comme la cause précède l'effet. » (1). Toutes les fois qu'elle est nécessaire pour désaisir, elle l'est aussi pour purger. Mais il ne doit plus en être ainsi dans le cas contraire. Et d'ailleurs le législateur a expressément manifesté son intention de modifier le régime de la purge en abrogeant les dispositions des articles 834 et 835, Code de procédure qui y sont relatives (art. 6).

Ces considérations ne nous paraissent pas exactes. Le texte de la loi de 1855, ses motifs et son but démontrent clairement qu'elle n'a pas réglementé la transcription au point de vue de la purge. Et d'abord les dispositions qu'elle renferme ont trait uniquement à la transmission de la propriété à l'égard des tiers. Les articles 1 et 2 énoncent les actes qui doivent être transcrits pour leur être opposables ; les articles 3 et 6 n'en sont que de simples corollaires : s'il ne peut plus être pris d'inscriptions sur l'immeuble du jour de la transcription c'est tout simplement parce que de ce jour la transmission est opposable aux tiers. Quant aux motifs et au but de la loi, nous les connaissons déjà. Le régime de la clandestinité inauguré par le Code civil avait provoqué de nombreuses réclamations. C'est pour y faire droit que le Gouvernement prit l'initiative d'un projet de loi dont l'objet principal était le rétablissement de la formalité de la transcription et son extension à divers actes que la loi du 11 brumaire

(1) Rapport de M. Bayle-Mouillard sous cass. 26 février 1862. D. 62, 1, 181.

an VII n'y avait pas soumis. L'exposé des motifs, le rapport de la Commission ne présentent les dispositions nouvelles que comme un moyen « de livrer au « jour de la publicité toutes les mutations d'immeubles, « toutes les constitutions de droits réels et toutes les « charges qui en altèrent la valeur » (2). Quant à la transcription considérée comme formalité préalable à la purge, il n'y avait pas à en modifier les conditions. L'argument que l'on tire en sens contraire de l'abrogation des articles 834 et 835, Code de procédure ne nous paraît guère concluant. La faveur accordée par ces derniers articles aux créanciers hypothécaires ne pouvait en effet subsister dans un système qui faisait de la transcription la condition du désaisissement de la propriété à l'égard des tiers. L'acquéreur n'aurait pu retirer pleine sécurité de la transcription s'il avait été exposé à voir apparaître des inscriptions d'hypothèques dans la quinzaine suivante.

Nous croyons donc qu'on peut tenir pour constant que la loi du 23 mars 1855 a laissé la purge sous l'empire des dispositions antérieures auxquelles il n'a pas été dérogé, et la transcription est toujours nécessaire aux termes de l'article 2,181, Code civil, pour donner aux créanciers inscrits le premier avertissement qui ouvre la purge. Il en résulte que depuis 1855 comme auparavant sont de nature à être transcrits tous les actes même simplement déclaratifs pour lesquels on peut concevoir la possibilité juridique de la

(2) Rapport de la Commission Sirey. Lois annotées, 1855, page 27.

purge. La jurisprudence l'a toujours décidé ainsi. L'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1862 rendu contrairement aux conclusions du rapport de M. Bayle-Mouillard porte :

« Attendu que la loi de 1855 a pour but principal
« de réglementer la transmission de la propriété ; que
« si elle a dispensé de la transcription les partages et
« jugements d'adjudication sur licitation au profit d'un
« copartageant, elle a prononcé cette dispense au point
« de vue du désaisissement de l'ancien propriétaire et
« par application du principe déjà posé dans l'ar-
« ticle 883, Code civil, mais que rien n'indique qu'elle
« ait entendu aussi accorder cette dispense au point de
« vue de la purge des hypothèques ; qu'en effet elle ne
« modifie pas d'une manière générale la procédure de
« la purge ; que si elle abroge d'une manière expresse
« les articles 834 et 835. Code de procédure civile, elle ne
« porte aucune atteinte aux articles 2181 et 2183, Code
« civil, aux termes desquels la transcription est tou-
« jours nécessaire pour donner aux créanciers le pre-
« mier avertissement qui ouvre la purge et porte l'acte
« à la connaissance du public » (1).

De la formule générale employée par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, nous devons déduire les deux conséquences suivantes :

1^o Le droit de transcription est acquis au Trésor

(1) Cass. 26 février 1862. D. 62, 1, 182, S. 62, 1, 610 ; cass. 28 juillet 1862. D. 62, 1, 371, S. 62, 1, 988 ; cass. 12 et 27 novembre 1872. D. 73, 1, 197, S. 73, 1, 86 ; cass. 12 janvier 1876. D. 76, 1, 52, S. 76, 1, 81 ; cass. 6 février 1889. D. 89, 1, 299, S. 89, 1, 385.

par le seul fait de l'enregistrement de l'acte, dès qu'il peut y avoir un intérêt juridique à transcrire. Il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir si la formalité sera ou non accomplie plus tard. L'intention des parties n'est ici d'aucune importance (1).

2° Du moment où la loi rattache la perception du droit de transcription à la nature même de l'acte, peu importe qu'il existe ou non des privilèges ou des hypothèques sur l'immeuble. Il suffit que la transcription ait *en droit* un véritable intérêt. Les circonstances particulières de chaque espèce ne peuvent modifier la perception. Le receveur doit apprécier la nature de l'acte qui lui est présenté en se plaçant uniquement au point de vue des principes généraux du droit (2).

Depuis 1816, il existe deux catégories d'actes au point de vue du droit de transcription : 1° Ceux qui par eux-mêmes sont de nature à être transcrits ; 2° ceux qui ne présentent pas ce caractère, c'est-à-dire pour lesquels la transcription n'offre aucun intérêt soit au point de vue de la transmission de la propriété, soit au point de vue de la purge. Les premiers donnent ouverture au droit au moment même de leur enregistrement ; les seconds n'y sont assujettis que lorsqu'ils sont présentés à la formalité de la transcription et par le fait même de la formalité ; ils restent régis de tous points par la loi du 21 ventôse an VII

(1) Conclusions de M. le Premier avocat général Bédarrides, sous Cass., 12 janvier 1876, S. 76, 1, 81. Naquet, Traité théorique et pratique des droits d'Enregistrements, t. 4, n° 87.

(2) Cass., 6 février 1889, D. 89, 1, 299, S. 89, 1, 385.

que celle de 1816 n'a point abrogée ⁽¹⁾. Qu'il soit exigible en vertu de la première ou de la seconde de ces lois, le droit de transcription a toujours le même caractère parce qu'il se fonde sur la même cause : une formalité réalisée dans un cas, éventuelle dans l'autre. La seule différence réside dans l'époque du paiement ⁽²⁾. Il doit donc, dans les deux cas, être soumis aux mêmes règles en ce qui concerne le mode de liquidation qu'il nous faut maintenant étudier. Mais avant d'aborder les difficultés qu'a soulevées ici l'interprétation de l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII, il nous semble nécessaire de dire un mot de la nature de ce droit.

Est-ce, comme le prétend l'Administration de l'Enregistrement, le salaire d'une formalité utile aux parties, rémunération d'un service rendu par l'accomplissement d'une opération matérielle ? Nous ne le croyons pas. Il présente au contraire tous les caractères d'un impôt puisque au lieu d'être fixe ou de varier suivant la longueur de la formalité, il est proportionnel aux valeurs indiquées dans l'acte.

C'est le lieu de citer ces paroles de Duchâtel, prononcées au cours de la discussion de la loi du 22 frimaire an VII, devant le Conseil des Cinq-cents : « Nous
« avons entendu par droit fixe le prix de la formalité de
« l'enregistrement, pour les actes qui ne sont pas de

(1) Cass., 16 avril 1850, S. 50, 1, 361.

(2) Réquisitoire de M. le Premier Avocat Général Blanche, sous Cass. 6 décembre 1871, S. 71, 1, 247, et Répertoire périodique de l'Enregistrement, n° 3.377.

« nature à donner lieu au droit proportionnel. Le « droit proportionnel est d'une nature plus étendue « que le droit fixe. Il n'est pas seulement comme « celui-ci, le prix de la formalité ; c'est de plus une « contribution assise sur les valeurs. » Cette manière de voir nous paraît tout aussi exacte en ce qui concerne le droit de transcription qu'en ce qui concerne le droit de mutation. La loi de 1816, dont le but était d'ailleurs essentiellement fiscal, a établi entre ces deux droits une certaine conexité : ils sont perçus généralement par le même préposé, le receveur d'enregistrement. Il serait surprenant qu'ils fussent de nature différente.

Le droit de transcription est donc un impôt comme le droit de mutation. Mais tandis que ce dernier doit être liquidé conformément à l'article 69, § 7, 4^e de la loi du 22 frimaire an VII, sur les parts acquises, le premier doit être perçu sur le prix *intégral* des mutations, ainsi que le déclare l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII. Cela tient à ce qu'il a pour cause, ainsi que nous l'avons déjà dit, un fait concret, une formalité qui pourra être ultérieurement requise, si elle ne l'a déjà été ; tandis que le droit de mutation repose sur une transmission de propriété, fait essentiellement abstrait. C'est pourquoi il y a entre eux une complète indépendance. Ils peuvent être perçus seuls ou concurremment, et dans ce dernier cas porter sur des valeurs différentes, ainsi que nous aurons bientôt l'occasion de le prouver. L'article 25 de la loi de ventôse an VII déclare bien, il est vrai que le droit de transcription

sera perçu sur le prix intégral des mutations « suivant qu'il aura été réglé à l'enregistrement » ; mais ce renvoi aux règles posées par la loi de frimaire ne concerne que le mode d'évaluation des valeurs qui doivent supporter le droit de 1,50 %. Il n'en résulte aucune corrélation nécessaire entre ce droit et celui de mutation. C'est ce que déclare avec une remarquable précision un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1871, ainsi conçu : « Attendu que l'article 25 de la loi « du 21 ventôse an VII, en disposant que le droit de « transcription des actes de mutation des propriétés « immobilières sera perçu sur le prix intégral des dites « mutations suivant qu'il aura été réglé à l'enregistre- « ment, n'a point entendu subordonner le droit de « transcription au droit d'enregistrement ; qu'en effet « il n'existe point de corrélation nécessaire entre ces « deux droits, lesquels diffèrent par leur nature « comme par leur objet, et sont indépendants l'un de « l'autre ; qu'aussi ne saurait-on induire des lois du « 21 ventôse an VII et du 28 avril 1816 qu'on ne peut « exiger le droit de transcription qu'autant que celui « de l'enregistrement serait perçu et dans les mêmes « proportions ; que la loi rattachant la nécessité de la « transcription et de la perception du droit auquel elle « donne lieu à la nature même de l'acte à transcrire, la « seule induction à tirer des dispositions précitées, c'est « que le législateur a entendu donner pour base au « droit de transcription le prix intégral de mutation « tel qu'il devrait être évalué et composé à l'enregis-

« trement, s'il s'agissait de la perception du droit d'enregistrement pour le tout ⁽¹⁾. »

La principale conséquence qui résulte de ce principe, c'est que le droit de transcription échappe aux dispositions qui édictent des pénalités en matière d'enregistrement. Un droit en sus de transcription ne pourrait donc jamais être perçu pour cause de retard sur un acte régi par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. De même en cas d'insuffisance ou de dissimulation. La loi ne parle comme peine que du double droit d'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII, article 28; loi du 27 ventôse an IX, article 5). Mais il n'est pas douteux qu'on puisse réclamer un droit complémentaire de transcription, car les valeurs servant de base au droit d'enregistrement doivent servir également pour la perception du droit de transcription.

Que ce dernier droit doive porter sur le prix intégral des mutations, cela s'explique rationnellement par cette idée qu'il a pour cause une formalité de sa nature indivisible, puis qu'elle consiste dans la copie littérale et entière de l'acte soumis à la transcription sur le registre tenu par le Conservateur (art. 2181 C. Civ.). Et dès lors qu'une disposition doit être transcrite *en entier*, le droit doit être perçu proportionnellement aux valeurs qui en font l'objet, sans qu'il soit possible de distinguer les valeurs pour lesquelles la transcription produira un effet juridique utile de celles qui ne doivent pas en ressentir l'influence. L'indivisibilité de

(1) D., 72, I. 84, S. 74, I. 247, Instr. Gén. n° 2434, § 4.

la formalité entraîne forcément l'indivisibilité de la perception. Supposons, par exemple, une adjudication sur licitation, faite pour un prix unique et présentée au Conservateur des Hypothèques : ce dernier devra la transcrire en entier et c'est sur l'intégralité du prix qu'il percevra le droit de 1,50 %, conformément à l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII. Si cette adjudication tombe sous l'application de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, parce qu'elle constitue un acte de nature à être transcrit à raison des biens ou de quelques uns des biens qui en sont l'objet, le Receveur devra, au moment de l'enregistrement, percevoir le droit de transcription, sans distinction possible, sur l'intégralité du prix, tout comme l'aurait fait le Conservateur des Hypothèques.

On a tenté de réduire la portée du principe de l'indivisibilité du droit de transcription en lui donnant pour unique fondement la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque. La formalité de la transcription et le droit y afférent, fait-on observer, sont indivisibles comme les hypothèques dont la transcription est destinée à préparer la purge : or ces hypothèques portant sur la totalité de l'immeuble, c'est le prix tout entier qui doit être offert aux créanciers inscrits pour leur permettre de surenchérir et qui par conséquent doit supporter le droit. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont d'ailleurs fondé sur ce seul argument la règle de l'indivisibilité du droit de transcription (1).

(1) Cass. 13 août 1862, S. 63, I. 99, D. 62, I. 352. Cass., 3 janvier 1865, S. 65, I. 39, D. 65, I. 32.

Mais la perception de ce droit ne peut s'étendre à des biens pour lesquels la purge est inutile, à supposer toutefois qu'une ventilation du prix ait été faite dans l'acte.

Nous répondrons que la règle de l'indivisibilité peut, à elle seule, justifier dans la plupart des cas l'indivisibilité du droit de transcription. Ainsi, l'un de plusieurs copropriétaires se rend adjudicataire de l'immeuble indivis. L'adjudication, on le suppose, est pour une raison quelconque de nature à être transcrite. Les hypothèques, à raison de leur indivisibilité, frappent la totalité de l'immeuble et non pas seulement les parts acquises par l'adjudicataire. Le droit de transcription doit être perçu sur la totalité du prix, et cette perception peut s'expliquer simplement par le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. C'est dans des espèces de cette nature que sont intervenus les arrêts cités plus haut. Mais la solution ne doit pas être différente lorsqu'il s'agit d'une adjudication faite pour un prix unique et comprenant à la fois des immeubles soumis au droit de surenchère des créanciers hypothécaires et d'autres biens pour lesquels la purge est inutile. La Cour de cassation a jugé dans ce sens que droit de transcription était exigible sur le prix tout entier dans une cession de ses droits faite par un héritier à son cohéritier et comprenant ; 1° des immeubles indivis entre eux et pour lesquels, l'indivision cessant, la purge était sans objet ; 2° des immeubles indivis entre eux et un tiers ; 3° et enfin des meubles non susceptibles d'hypothèques. Le contrat n'était de

nature à être transcrit qu'à raison des biens de la deuxième catégorie ; une ventilation du prix avait même été faite pour chaque nature de biens. Pour justifier l'exigibilité du droit de transcription sur la totalité du prix, on ne pouvait invoquer l'indivisibilité des hypothèques, puis qu'elles ne grévaient qu'une partie des biens vendus. La perception ne pouvait se baser que sur la règle de l'indivisibilité de la transcription, et c'est ce qu'a reconnu la Cour (1).

La divergence des deux systèmes que nous venons d'exposer sur l'indivisibilité du droit de transcription se manifeste très nettement dans une espèce de nature à se présenter très fréquemment, surtout depuis la loi du 9 mars 1891, qui a accordé à l'époux survivant un droit d'usufruit sur la succession du prédécédé. Un homme meurt laissant pour héritiers ses enfants et sa veuve usufruitière légale du quart. Un immeuble dépendant de la succession est licité, et la veuve se rend adjudicataire. Elle acquiert trois quarts en pleine propriété et un quart en nue-propriété, ou, ce qui est la même chose, la totalité de la nue-propriété et trois quarts en usufruit. Elle doit le droit de mutation à 4 % sur $\frac{3}{4} + \frac{1}{8}$ du prix, soit $\frac{7}{8}$. Comme elle n'est pas dans l'indivision avec ses enfants quant à la nue-propriété, ainsi que nous le démontrerons au chapitre suivant, elle acquiert cette nue-propriété à titre de vente, et de ce chef elle doit incontestablement le droit de transcription sur la moitié du prix qui en représente

(1) Cass., 7 juillet 1852, S. 52, I. 79.

la valeur, en vertu de la loi du 22 frimaire an VII. Mais faut-il aller plus loin et exiger ce droit sur la totalité du prix ?

Non, répondent les partisans du système de l'indivisibilité du droit de transcription fondé sur l'indivisibilité des hypothèques. Quelle est, en effet, ici l'utilité de la transcription ? Elle transfère à l'adjudicataire la nue-propriété à l'égard des tiers et lui permet de purger les hypothèques qui pourraient la grever du chef des héritiers. Pour ce qui est de l'usufruit, elle l'acquiert à titre de licitation faisant cesser l'indivision, et la transcription n'est d'aucune utilité, soit au point de vue de la transmission de la propriété, soit au point de vue de la purge des hypothèques, puisque par suite de l'effet déclaratif de l'article 883, Code civil, les hypothèques en tant qu'elles grevaient l'usufruit du chef des héritiers, se sont évanouies. Quant au prix, il s'est divisé de plein droit en deux parties correspondant, l'une à l'usufruit, l'autre à la nue-propriété. Le droit de transcription ne doit porter que sur la partie afférente à la nue-propriété. La valeur de convention donnée par la loi de frimaire à l'usufruit et à la nue-propriété n'en est pas moins une base légale qui d'après la loi du 21 ventôse an VII, est la même pour le droit de transcription que pour le droit de mutation.

Si l'on donne au contraire pour fondement à l'indivisibilité du droit de transcription le principe de l'indivisibilité de la formalité, on reconnaîtra que le droit doit être perçu dans l'espèce sur la totalité du prix. En effet, le conservateur doit transcrire le contrat en

entier, c'est-à-dire l'adjudication de la toute propriété des immeubles moyennant un prix unique. « Il ne pourra pas, dit fort bien l'Administration de l'enregistrement, extraire du contrat les dispositions relatives à la transmission de la nue-propriété, et se borner à les transcrire, en indiquant que le prix afférent à cette transmission est de la moitié du prix énoncé dans l'adjudication. Outre qu'en agissant ainsi il sortirait de son rôle qui est purement passif, et qu'il enfreindrait les dispositions formelles de l'article 2181, Code civ., l'énonciation relative au prix n'aurait aucune valeur légale vis-à-vis des créanciers inscrits sur la nue-propriété. Il est évident que la règle adoptée par la loi du 22 frimaire an VII pour l'évaluation de la nue-propriété, est sans application en matière de transcription. Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'autre procédure à suivre que celle qui est tracée par l'article 2192, Code civ., pour le cas où les biens adjugés pour un seul prix comprennent des immeubles hypothéqués et des biens qui ne le sont pas. Le contrat n'en doit pas moins être transcrit en entier ; seulement il appartient à l'acquéreur, lors de la notification qu'il fait aux créanciers, conformément à l'article 2183, Code civ., d'évaluer, par une ventilation, la fraction du prix applicable aux immeubles qu'il s'agit de purger. Cette ventilation est d'ailleurs sujette à discussion et peut être contestée par les créanciers et même par le vendeur » (1).

(1) Mémoire présenté à la Cour de cassation dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 30 novembre 1885. Inst., Gen. 2724, § 2.

Cette théorie a été formellement consacrée par la Cour de cassation ⁽¹⁾. Dans l'espèce de l'arrêt du 30 novembre 1885, la veuve adjudicataire était légataire de l'usufruit de la moitié des biens de son mari. Dans l'opinion la plus généralement adoptée en doctrine et en jurisprudence, on considère le légataire de l'usufruit d'une quote-part ou même de l'universalité des biens du testateur comme un légataire à titre particulier ⁽²⁾. Ne devait-on pas dès lors considérer l'adjudicataire comme un tiers détenteur ayant la faculté de purger les hypothèques dont son usufruit aurait pu être grevé du chef du défunt, et conclure que de ce chef le droit de transcription était dû aussi sur la valeur de l'usufruit ? Nous renvoyons pour l'étude de cette question au Chapitre IV où nous examinons quels sont les adjudicataires qui ont le droit de purger. L'arrêt précité ne s'est pas prononcé à cet égard. Peu lui importait d'ailleurs, puisqu'il basait sa décision sur le principe de l'indivisibilité de la formalité.

Nous connaissons le sens et la portée de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 et le caractère de droit qu'il édicte. Le moment est venu maintenant d'en faire l'application à la matière des licitations. Nous n'avons pas à examiner la question à propos des partages. Qu'ils soient purs ou simples ou avec soulte, la Régie admet que le droit de transcription ne doit jamais être perçu. C'est ce que décide aussi un arrêt de la Cour

(1) Cass., 30 novembre 1885, 5, 86, 1 433.

(2) Pau, 22 avril 1884, S. 86, 2, 188. Contra : Cass., 19 juin 1895. S. 95, 1, 336.

de cassation, du 27 juillet 1819 ⁽¹⁾, par application du texte même de la loi de 1816 et des motifs tirés de l'inutilité de la transcription. Aux termes de cet arrêt, les soultes de partage ne sont passibles du droit de transcription, ni en vertu de l'article 52 qui ne parle que des ventes, ni en vertu de l'article 54, parce que les actes de partage ne sont pas de nature à être transcrits. L'Administration applique cette règle, soit dans le cas où l'indivision ne cesse pas, par exemple dans l'hypothèse où un lot grevé de soulte est attribué indivisément à plusieurs cohéritiers ⁽²⁾, soit dans le cas où il s'agit d'une soulte imposée à un étranger cessionnaire des droits d'un cohéritier ⁽³⁾. Nous verrons plus loin, que dans tous ces cas, elle réclame le droit de transcription lorsqu'il s'agit d'une licitation et non d'un partage avec soulte. Pour justifier la distinction qu'elle établit entre ces deux actes qui se confondent cependant au point de vue civil comme au point de vue fiscal, elle invoque l'argument suivant : « l'adju-
« dication faisant connaître la valeur *totale* des biens
« adjugés, la transcription d'un tel acte peut produire
« un effet, puisqu'elle a pour résultat de fixer le prix
« à l'égard des créanciers hypothécaires, et d'arriver
« à la purge des immeubles. Dans le cas au contraire
« où il s'agit d'une soulte représentant une partie indé-
« terminée des immeubles partagés, la transcription

(1) Instr., Gen., 1209. § 1^{er}; Dalloz, Rep., Gen. V. Enregistrement n° 6021 ; Dict. des Droits d'enregistrement, V. partage-licitation, n° 152.

(2) Délibération du 22 décembre 1856. Répertoire périodique, n° 782 ; Journal de l'Enregist., 16.443.

(3) Sol. du 15 décembre 1863. Journal de l'Enregist., 17.787.

« du contrat serait absolument sans effet, puisque
« l'offre d'une partie de la valeur des biens aux créan-
« ciers hypothécaires ne pourrait avoir pour résultat
« de purger ces immeubles des hypothèques dont ils
« sont grevés. (Délib. du 22 décembre 1856) ».

Cette argumentation ne nous convainc pas. Il importe peu que l'acte qui doit servir de base à la purge indique ou non la valeur entière de l'immeuble. C'est seulement dans les notifications que doit faire le tiers détenteur qu'il faut exiger les renseignements nécessaires pour permettre aux créanciers d'opter en connaissance de cause entre l'acceptation des offres qui leur sont faites ou la surenchère ; et ces notifications doivent, aux termes de l'article 2183, Code civ., contenir la désignation du prix ou l'évaluation de la chose lorsque le titre du nouveau propriétaire ne comporte pas l'expression d'un prix. Le donataire offre la valeur estimative de l'immeuble donné. Le copartageant débiteur d'une soulte et qui pour une raison quelconque jouit de la faculté de purger offrira la valeur estimative de la totalité de l'immeuble qui a été mis dans son lot.

Notre étude a donc simplement pour objet de rechercher quelles sont les licitations qui constituent des actes de nature à être transcrits, conformément à l'article 54, de la loi du 28 avril 1816, c'est-à-dire dont la transcription est nécessaire soit pour assurer la transmission de la propriété, soit pour procéder à la purge des privilèges et hypothèques. Nous nous proposons d'établir la règle suivante :

Pour qu'une licitation échappe à l'application de

l'article 54, de la loi de 1816, il faut qu'elle fasse cesser complètement l'indivision au profit d'un adjudicataire privé de la faculté de purger.

D'où trois conditions que nous aurons à examiner successivement.

Il faut :

I. Qu'il y ait une indivision à faire cesser.

II. Que cette indivision cesse complètement.

III. Que l'adjudicataire sur licitation faisant cesser l'indivision ne puisse être considéré comme un tiers détenteur ayant la faculté de purger.

CHAPITRE II

DE L'INDIVISION

La licitation au sens étymologique du mot est une vente aux enchères (liceri, licitatio, enchère). Dans le langage de la loi et dans notre pratique moderne, c'est la vente au plus offrant et dernier enchérisseur d'une *chose indivise* entre plusieurs personnes, pour le prix en être partagé entre les copropriétaires proportionnellement à la part de chacun dans la chose. D'après l'article 1686 Code civil, elle a pour objet de suppléer le partage dans les deux hypothèses suivantes :

1° Lorsque la chose indivise ne peut être partagée commodément et sans perte ;

2° Lorsqu'aucun des copartageants ne peut ou ne veut recevoir dans son lot un bien compris dans la masse à partager.

La licitation peut être amiable ou judiciaire. Elle peut être amiable lorsque les parties sont toutes présentes, majeures et maîtresses de leurs droits (art. 827 Code civil), car alors elles ne sont astreintes à aucune forme spéciale pour sortir de l'indivision. Aux termes de l'article 1687 Code civil, chacun des communistes est le maître de demander que les étrangers soient

appelés à surenchérir. Lorsqu'au contraire au nombre des colicitants se trouvent des mineurs, des interdits ou autres personnes ne jouissant pas de leurs droits civils, des absents ou des non présents, ou lorsque, toutes les parties étant majeures, elles ne s'accordent point pour procéder à l'amiable, la licitation doit être faite judiciairement (art. 839 Code civil, 984 Code pr. civ.). Dans ce cas les étrangers sont nécessairement appelés (art. 839 et 1687 Code civil).

L'adjudication sur licitation peut se dénouer soit au profit d'un étranger, soit au profit de l'un des communistes, et dans chacune de ces deux hypothèses les effets produits sont différents.

Dans le premier cas, l'opération est une vente. D'où les conséquences suivantes :

1° Les aliénations, hypothèques et autres droits réels consentis pendant l'indivision par l'un des copropriétaires de l'immeuble licité sont opposables à l'adjudicataire dans la mesure du droit du constituant, à supposer d'ailleurs que ces droits aient été publiés et conservés conformément à la loi. Le vendeur ne peut en effet transmettre la propriété de la chose vendue que sous l'affectation des charges qui la grèvent : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (art. 2182 al. 2 Code civil);

2° Le paiement du prix de licitation est garanti par le privilège du vendeur (art. 2102, 4° et 2103, 1° Code civil), conservé par la transcription du jugement d'adjudication (art. 2108 Code civil);

3° Il y a lieu, le cas échéant, à l'action en résolu-

tion pour défaut de paiement du prix (art. 1654 Code civil);

4° La rescision pour cause de lésion n'est possible que s'il s'agit d'un immeuble, et si la lésion est de plus des sept douzièmes au préjudice des colicitants (art. 1674 Code civil);

5° La folle enchère peut être poursuivie sans qu'il soit besoin d'une clause formelle dans le cahier des charges;

6° Si le bien licité est un immeuble, l'adjudicataire devra faire transcrire son titre pour le rendre opposable aux tiers. (Loi du 23 mars 1855, art. 1^{er} n° 4).

Dans le second cas, au contraire, la licitation, du moins lorsqu'elle fait cesser complètement l'indivision, est plutôt un mode de partage qu'une vente, et d'ailleurs l'article 883 Code civil qui pose le principe de l'effet déclaratif du partage vise expressément la licitation au profit d'un copartageant pour la soumettre à la fiction qu'il consacre. D'où, toutes les conséquences inverses de celles que nous avons exposées pour le cas où un étranger se rend adjudicataire. Nous n'en voulons retenir ici que les deux principales :

1° Les hypothèques ou autres charges établies pendant l'indivision sur l'immeuble licité par les consorts de l'adjudicataire sont considérées comme non avenues ;

2° La transcription n'est pas nécessaire pour rendre opposable aux tiers le droit de l'adjudicataire.

Il nous faut maintenant examiner dans quelles circonstances la licitation peut intervenir. Or, d'après la

définition qu'en donne le Code civil, elle suppose essentiellement une chose indivise. Comme le partage auquel elle est assimilée, elle a pour but de dénouer une indivision.

Là où l'indivision n'existe pas, elle ne peut être provoquée, car l'article 815 Code civil ne reçoit pas son application ; d'autre part, si elle est consentie volontairement, l'adjudication prononcée même au profit de l'un des colicitants est une vente pure et simple qui, lorsqu'il s'agit d'un immeuble, doit être soumise à la transcription tant au point de vue de la consolidation de la propriété qu'au point de vue de la purge. L'article 54 de la loi du 28 avril 1816 est applicable ; le droit de transcription est par conséquent exigible et doit être perçu lors de l'enregistrement sur l'intégralité du prix en vertu du principe de l'indivisibilité que nous avons étudié au précédent chapitre.

Il y a donc grand intérêt à déterminer les caractères de l'indivision. On peut la définir l'état d'une chose appartenant à plusieurs personnes dont chacune est pour une portion quelconque, propriétaire de la chose entière. Elle suppose donc l'existence concurrente de plusieurs droits de même nature sur une même chose. Par suite de leur concours ces droits se réduisent à des parts mathématiques, à des fractions idéales ne répondant pas à une division réelle dans la chose. Chacun des ayant-droit par indivis a droit à une utilité du même genre, a des produits de même espèce. Les produits perçus en commun doivent nécessaire-

ment être répartis entre eux dans la mesure de leur quote-part.

Du principe nous venons de poser il faut conclure qu'il y a indivision entre les copropriétaires, — les co-nu...riétaires, — les co-usufruitiers, d'une même chose. Ils ont en effet respectivement des droits de même nature. Ces droits peuvent être d'ailleurs les uns purs et simples, les autres conditionnels. Peu importe, il n'y en aura pas moins indivision. Un immeuble est légué pour une quote-part à une personne sous-condition : du jour du décès il est indivis entre l'héritier et le légataire bien que l'un soit propriétaire pur et simple et l'autre propriétaire conditionnel. Le moyen pratique de réaliser « le départ » (1) de la propriété ferme et de la propriété résoluble est ici d'autant plus désirable que l'indivision est encore plus gênante et plus funeste qu'entre copropriétaires incommutables. Mais il ne peut y avoir indivision entre deux personnes dont l'une a un droit pur et simple sur une quote-part d'une chose et l'autre un droit simplement *éventuel* sur le surplus de cette même chose. Nous aurons à faire l'application de cette règle lorsqu'à la fin de ce chapitre nous nous demanderons s'il y a indivision entre le grevé de substitution et les appelés quant à la réserve d'une part, et d'autre part quant aux biens substitués. Enfin il est bien évident qu'il ne saurait y avoir indivision entre deux personnes dont l'une est propriétaire sous condition résolutoire et l'autre

(1) Note de M. G. Demante sous cass., 18 mars 1884, S., 84, 1, 345.

tre sous condition suspensive de la m... se, par exemple entre le vendeur et l'acqué... ré, entre le grevé et les appelés sur le... s, à supposer d'ailleurs, comme le so... is auteurs, que ces derniers aient un v... onditionnel. « Deux droits qui par défini... succéder l'un à l'autre, ne peuvent pas se re... coexister sur les mêmes biens » (1).

L'application des règles qui précèdent conduit à décider qu'il y a indivision :

1° Entre les acquéreurs, les donataires ou les légataires d'un même bien ;

2° Entre les associés, quant aux biens qu'ils ont mis en commun et qui constituent l'actif de la Société, à supposer d'ailleurs que cette dernière n'ait pas le caractère de personne morale ;

3° Entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé quant aux biens de la communauté ;

4° Entre les cohéritiers, donataires et légataires universels ou à titre universel d'une même succession, ou les associés dans une Société personne morale du jour de sa dissolution ;

5° Entre les héritiers à réserve, les légataires universels et à titre universel d'une part, et d'autre part les donataires et légataires à titre particulier, réduits, sur les objets donnés ou légués.

Au contraire il n'y a pas indivision :

1° Entre les héritiers réservataires et les héritiers

(1) Demasure, Contrôleur de l'Enregistrement, n° 16,908.

non réservés relativement aux biens qui proviennent de la rétrocession des libéralités entre vifs que le défunt a pu faire, et que ceux-ci doivent être recueillis par les premiers exécutaires.

2° Entre le legs-propre et le légataire des immeubles d'une chose ;

3° Entre les héritiers et le descendant donateur sur les biens soumis au mariage (art. 747 Code civil).

Que faut-il décider pour les époux communs en biens pendant la durée de la communauté ? Ils sont relativement aux biens communs dans une indivision très spéciale. D'une part, en effet, elle échappe à la disposition de l'article 815 Code civil et ne peut cesser qu'après la dissolution de la communauté par suite du décès de l'un des époux de la séparation de biens ou de corps, ou par l'effet du divorce. D'autre part, si l'on doit admettre avec la généralité des auteurs (1), que la femme a un droit de copropriété dans les biens communs, cela n'est vrai que dans les rapports des époux entre eux. Mais au regard des tiers, le mari a sur la communauté des pouvoirs assez étendus pour qu'on puisse le considérer comme seul propriétaire. C'est ce qu'exprimait dans notre ancien droit la maxime : « Le mari est seigneur et maître de la communauté » ; et si les rédacteurs du Code civil ne l'ont pas textuellement reproduite, ils n'en ont pas moins adopté les idées dont elle était l'expression, en y appor-

(1) Aubry et Rau. Cours analytique de Droit civil français, t. V., § 505, note 4

tant cependant quelques restrictions touchant le pouvoir du mari de disposer à titre gratuit ⁽¹⁾.

Dans tous les cas que nous venons d'énumérer, lorsqu'il n'y a pas indivision, cela tient au défaut complet de droit de la part de certaines personnes sur une chose appartenant à d'autres exclusivement. Mais on peut se demander s'il n'y a pas indivision entre la propriété et d'autres droits s'exerçant parallèlement sur la même chose. Quid de la servitude? C'est une charge de l'immeuble qui ne saurait jamais créer à ce titre un droit d'indivision entre le fonds dominant et le fonds servant. Le propriétaire de ce dernier ne pourrait donc demander ni le partage ni la licitation de la servitude. Le droit de servitude n'est pas de même nature que le droit de propriété. La solution doit être la même pour le droit de superficie. Il forme un droit de propriété distinct et séparé de la propriété du fonds, car il porte exclusivement sur les constructions, bois et autres produits du sol. Le concours du droit de superficie avec la propriété du tréfonds ne crée pas certainement une indivision, quant à la propriété du sol, puisque le sol appartient exclusivement au propriétaire du tréfonds. Les arbres ou plantes y ont bien, il est vrai, leurs racines et les constructions leurs fondations; mais ce n'est là qu'une charge de la propriété qui n'en reste pas moins entière au propriétaire du fonds. Il ne peut y avoir non plus indivision, quant à la jouissance, bien que le propriétaire du tréfonds perçoive les pro-

(1) En ce sens : Bergerac, 25 juin 1885. Répertoire périodique, n° 6549. Journal de l'Enregistrement, d° 22714.

duits immédiats du sol, tel que le paturage. Il n'y a en effet aucun partage de fruits ou de revenus indivis, les produits perçus par le superficiaire et le propriétaire du fonds étant de nature différente. La Cour de cassation se prononce en ce sens ⁽¹⁾.

Une question plus délicate est celle de savoir s'il y a indivision entre le nu-propriétaire et l'usufruitier d'une même chose. Quels sont les droits de chacun? L'usufruitier a le droit d'user (*usus*) et de jouir de la chose, c'est-à-dire d'en percevoir les fruits (*fructus*). Ce droit qu'il exerce, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, est un droit réel, un démembrement de la propriété. Le nu-propriétaire, des trois éléments ou attributs dont se compose la pleine propriété, l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, n'a conservé que le dernier, c'est-à-dire le droit de disposer de la chose de la manière la plus complète, en respectant toutefois les droits de l'usufruitier. Les droits exercés par ces deux personnes sont essentiellement distincts et indépendants; ils se limitent, mais ne se confondent pas. L'usufruitier, aux termes de l'article 595, C. c., est autorisé à céder son droit d'usufruit; il peut aussi l'hypothéquer en tant qu'il porte sur des immeubles (art. 595 et 2.118, C. c.). Ses créanciers peuvent le saisir et le faire vendre. De son côté, le nu-propriétaire conserve l'exercice de tous les droits de propriété compatibles avec la nature de son droit; il peut faire tous les actes de disposition qui ne touchent pas à la jouis-

(1) Cass., 16 décembre 1873, S., 74, 1., 457, D., 74-249.

sance : vendre, donner, hypothéquer son droit de nue-propriété. Entre ces deux droits rivaux, mais de nature différente, il ne peut y avoir indivision. « L'usufruitier, « dit Proudhon, n'ayant rien dans la nue-propriété, « et le nu-propriétaire, de son côté, n'ayant rien dans « la jouissance actuelle, on ne trouve pas entre eux « le fondement d'une communion' proprement dite « dans le matériel de la chose. C'est pourquoi l'un ne « pourrait intenter l'action en licitation contre l'autre « pour mettre fin à leurs conflits d'intérêts..., car ils « ne sont ni cojouissants ni copropriétaires » ⁽¹⁾. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point ⁽²⁾. Il en résulte nécessairement que la cession faite par l'un d'eux à l'autre ne constitue ni une licitation, ni un partage, mais une vente. Le droit de transcription est dû en même temps que le droit de mutation, et s'il s'agit d'une adjudication moyennant un seul prix de la pleine propriété, il devra être perçu sur l'intégralité de ce prix ⁽³⁾.

Deux cas peuvent se présenter : l'usufruit et la nue-propriété peuvent porter sur un ou plusieurs immeubles taxativement déterminés, ou bien sur un ensemble de biens, comme par exemple une succession ou une

(1) Proudhon. De l'Usufruit, I, 7.

(2) Cass., 10 décembre 1889, S, 90, 1, 497.

(3) Mais il ne saurait, bien entendu, être exigé dans le cas où il a été perçu lors du démembrement, en même que le droit de mutation, pour l'expectative de l'usufruit, comme au cas de vente ou de donation sous réserve d'usufruit. Lorsque l'usufruit est séparé de la propriété à l'occasion du décès du plein propriétaire, soit par un legs, soit par l'effet de la loi, la question de l'exigibilité du droit de transcription se pose toujours, car ce droit n'est pas compris dans celui de mutation par décès.

quote-part d'une succession. Nous allons les étudier successivement.

I. On peut distinguer plusieurs hypothèses :

1° Il y a un seul usufruitier, un seul nu-propriétaire. C'est l'hypothèse la plus simple. Nous savons qu'il n'y a pas d'indivision entre eux;

2° Il y a plusieurs nu-propriétaires, un seul usufruitier. L'indivision n'existe qu'entre les nu-propriétaires pour la nue-propriété;

3° Il y a plusieurs usufruitiers, un seul nu-propriétaire. L'indivision n'existe qu'entre les usufruitiers pour l'usufruit;

4° Il y a plusieurs usufruitiers, plusieurs nu-propriétaires. L'indivision existe entre les premiers pour l'usufruit et entre les seconds pour la nue-propriété, mais elle ne s'étend pas au delà.

Dans ces trois dernières hypothèses, si l'un des usufruitiers, par exemple, se rend adjudicataire de la pleine propriété, il acquerra l'usufruit à titre de licitation faisant cesser l'indivision, et la nue-propriété à titre de vente. Son titre est de nature à être transcrit au moins quant à cette dernière. Le droit de transcription est exigible sur la totalité du prix. La même solution doit être donnée au cas où l'adjudication de la pleine propriété est prononcée au profit de l'un des nu-propriétaires (1).

5° Il y a plusieurs usufruitiers, plusieurs nu-propriétaires ; mais chacun d'eux a une part de pleine

(1) Cass., 30 novembre 1885, S., 86, 1, 433.

propriété. Il s'agit, par exemple, d'un immeuble de succession appartenant pour un quart en propriété et un quart en usufruit à l'époux survivant légataire ou donataire de son conjoint prédécédé, et pour le surplus (soit moitié en propriété et un quart en nue-propriété) aux héritiers de ce dernier ; ou bien encore d'un immeuble de communauté appartenant au premier comme commun en biens et usufruitier légal (loi du 9 mars 1891), et aux seconds pour une certaine quotité de propriété et de nue-propriété. Il y a indivision entre tous les ayant-droit, pour la nue-propriété comme pour l'usufruit, et l'adjudication sur licitation prononcée au profit de l'un quelconque d'entre eux ne rendra pas le droit de transcription exigible ⁽¹⁾.

6° Examinons maintenant une hypothèse plus compliquée. L'usufruitier unique a une part de nue-propriété ou le nu-propiétaire unique une part d'usufruit. Supposons, par exemple, un ascendant réservataire en concours avec le conjoint du de cujus, légataire de la quotité disponible la plus étendue. Le premier a droit à un quart en nue-propriété, représentant sa réserve (art. 1.094, C. c.) ; le second à trois quarts en pleine propriété et à un quart en usufruit, ou, ce qui est équivalent, à la totalité en usufruit et à trois quarts en nue-propriété. Sont-ils en état d'indivision ? La Cour de Cassation ne l'a pas pensé, et par un arrêt du 10 décembre 1889 ⁽²⁾ elle a décidé formellement que

(1) Solutions des 23 mars 1855. Journal de l'Enregistrement, n° 17.181. Sol. du 11 mai 1864. Voir cependant pour le cas où l'adjudication est prononcée au profit de l'époux survivant. Ch. IV, section III *in fine* et section IV.

(2) S., 90, 1, 497.

l'ascendant, nu-propriétaire du quart, ne pouvait requérir contre le conjoint du défunt la licitation de la pleine propriété des immeubles ; qu'il pouvait seulement la demander en ce qui concerne la nue-propriété.

La thèse contraire en vertu de laquelle l'indivision existant pour la nue-propriété entre le nu-propriétaire partiel et le plein propriétaire entraînerait forcément, et comme par une sorte de répercussion, l'indivision de l'usufruit est cependant très vivement soutenue.

En réalité, dit-on d'abord, en raisonnant toujours dans l'hypothèse citée plus haut, l'indivision s'applique non à un droit de nue-propriété mais à un droit de pleine propriété, car il est arbitraire de séparer ce qui est juridiquement uni, la nue-propriété et la jouissance. Or, le conjoint donataire est plein propriétaire des trois quarts ; on ne peut le considérer comme étant tout à la fois nu-propriétaire et usufruitier. Par suite du concours de l'ascendant réservataire, il subit la détraction d'un quart en nue-propriété ; pour ce quart il est réduit à la qualité d'usufruitier, mais pour les trois autres quarts il est évidemment plein propriétaire. C'est un droit de pleine propriété qui a été constitué par le défunt. On ne peut le décomposer en nue-propriété et en usufruit (1). Et d'ailleurs, ajoute-t-on, cette décomposition contraire à la volonté du testateur est antijuridique. L'usufruit ne saurait se concevoir en tant que droit réel, distinct et indépen-

(1) Note de M. Labbé sous Cass., 10 décembre 1889. S, 90, 1, 497.

dant de la nue-propriété à laquelle il adhère lorsqu'il est confondu avec elle dans la pleine propriété. Celui qui a la pleine propriété d'une chose n'est pas un usufruitier dans le sens de l'article 578, C. c., puisqu'il jouit de sa propre chose.

Nous ne croyons pas à l'exactitude de cette argumentation. Tout d'abord, alors même qu'il faudrait, par interprétation de la volonté du testateur, ne considérer dans la personne du légataire que la qualité de plein propriétaire en faisant abstraction de celles d'usufruitier et de nu-propriétaire qui s'y trouvent virtuellement réunies, il faudrait encore conclure qu'il n'y a pas indivision entre l'ascendant réservataire et le conjoint, car ils ont sur les immeubles de la succession des droits de nature différente ; le premier un droit de nue-propriété, le second un droit de pleine propriété. Et de plus, la distinction que l'on cherche à établir entre *l'usufruit causal*, adhérent à la nue-propriété, et *l'usufruit formel*, constitué au profit d'un tiers, est absolument arbitraire. Ces deux sortes d'usufruit sont identiques dans leur essence. Le premier, bien que réuni à la nue-propriété dans les mains du plein propriétaire, a une existence propre et indépendante, et constitue un droit essentiellement distinct de la nue-propriété. Telle était l'opinion de Pothier dans notre ancien droit. « L'usufruit, dit-il, étant suivant « la définition qu'on en donne, le droit de jouir de la « chose d'autrui, *jus utendi, fruendi realiena*, ce droit « ne peut subsister en la personne du propriétaire. « Comment peut-il donc vendre et disposer de ce qu'il

« n'a pas? La réponse est que le droit d'usufruit, « considéré dans sa forme de droit de servitude, ne « peut, à la vérité, subsister dans la personne du propriétaire; mais le fonds et la substance de ce droit, « qui consiste dans celui de jouir de la chose et d'en « percevoir les fruits, subsiste en la personne du propriétaire et est renfermé dans son droit de propriété « tant qu'il n'en a pas encore été détaché. Lors donc « qu'un propriétaire dispose envers quelqu'un du « droit d'usufruit de sa chose, il dispose d'un droit « qu'il a effectivement. Il ne l'a pas à la vérité dans « la forme d'un droit d'usufruit, *non habet usum fructum formalem*, mais il l'a sous une autre forme « comme renfermé dans son droit de propriété, *habet usum fructum causalem* » (1).

Sous l'empire du Code civil, ces observations de Pothier ont conservé toute leur force. Le propriétaire peut détacher l'usufruit de la propriété et en disposer, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Et de plus, dans l'hypothèse de la consolidation, c'est-à-dire de la réunion anticipée de l'usufruit à la nue-propriété, l'usufruit se manifeste nettement avec son caractère de droit réel indépendant de la nue-propriété, bien qu'en fait il se trouve confondu avec elle dans les mêmes mains. Les hypothèques qui pouvaient le grever du chef de l'usufruitier continuent à subsister dans les mains du plein propriétaire, mais ne s'étendent pas à la nue-propriété. Les créanciers ont le

(1) Pothier. Du Contrat de Vente, n° 547.

droit de le saisir et de le faire vendre pour exercer le droit de préférence qui leur compète, comme si cette réunion n'avait pas eu lieu. Le propriétaire lui-même, en qui s'est produit la consolidation, peut, faisant abstraction de la nue-propriété, offrir aux créanciers hypothécaires le prix ou la valeur de cet usufruit, car il peut purger tout comme dans le cas d'une acquisition de pleine propriété.

De toutes ces considérations il faut conclure que le droit d'user et de jouir, bien qu'il n'ait pas de dénomination particulière lorsqu'il est réuni au droit de disposer, n'en a pas moins une existence propre et se conçoit très bien en tant que droit réel indépendant de la nue-propriété. Telle est, d'ailleurs, l'opinion de la majorité de la doctrine. Elle reconnaît qu'il y a indivision entre l'usufruit formel et l'usufruit causal parce qu'ils sont tous deux de même nature, mais que cette indivision ne peut s'étendre de l'usufruit causal à la nue-propriété qui en est complètement indépendante. C'est ce qu'expriment MM. Aubry et Rau avec une remarquable netteté : « Si l'usufruit, disent-ils, « ne portait que sur une quote-part des biens qui en « forment l'objet, il y aurait sans doute indivision « entre les parties, mais quant à la jouissance seulement » (1).

Toutes les observations qui précèdent s'appliquent d'ailleurs tout aussi bien au cas où le nu-propriétaire a une part d'usufruit qu'au cas où l'usufruitier a une

(1) Aubry et Rau, t. II, § 226, notes 10 et 11.

part de nue-propriété. De même que l'ascendant réservataire n'est pas en état d'indivision avec le conjoint survivant légataire de la quotité disponible, de même par exemple, il n'y pas indivision sur un immeuble de la succession entre les enfants du défunt et son conjoint usufruitier légal du quart. D'une façon générale la présence d'un cohéritier saisi d'une part de pleine propriété n'oppose aucun obstacle juridique à la règle suivant laquelle il ne saurait y avoir indivision entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, règle formulée de la façon la plus nette par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1889, que nous avons analysé plus haut.

La question que nous venons de discuter présente en matière civile une réelle importance en ce qui concerne le point de savoir si la licitation de la pleine propriété peut être demandée par l'usufruitier ou le nu-propriétaire partiel, et c'est à ce point de vue qu'ont statué la plupart des jugements et arrêts que nous aurons à citer plus loin. Elle présente de l'intérêt en matière fiscale au point de vue de l'exigibilité du droit de transcription. Si l'adjudication est prononcée au profit de la personne qui a la pleine propriété d'une portion indivise de l'immeuble, ce droit n'est pas dû, car il s'agit alors d'une véritable licitation faisant cesser l'indivision ; mais il doit être perçu au contraire si l'adjudication est prononcée au profit de la personne qui n'a de droits sur l'immeuble qu'en nue-propriété ou en usufruit, car l'acte n'est une licitation que pour la nue-propriété ou l'usufruit, et constitue une vente

pour le surplus, et le principe de l'indivisibilité du droit de transcription conduit à la perception sur la totalité du prix. Cette solution a été plusieurs fois consacrée par la Cour de cassation ⁽¹⁾ et notamment par un arrêt du 12 mai 1897 rendu dans l'espèce suivante : une succession était dévolue au fils unique du de cujus sous réserve : 1° de l'usufruit de la quotité disponible léguée à sa veuve ; 2° de la nue-propriété de cette même quotité disponible léguée à ses deux petits-enfants. L'un de ces derniers se rendit adjudicataire sur licitation des immeubles de la succession. Devait-il le droit de transcription ? Incontestablement d'après la théorie que nous avons développée, car il n'était dans l'indivision que quant à la nue-propriété. S'il avait acquis à titre de licitation faisant cesser l'indivision les parts de nue-propriété appartenant à son colégataire et à l'héritier réservataire, il n'en était pas de même de l'usufruit appartenant indivisément à la veuve et au réservataire. L'adjudication à ce dernier point de vue avait le caractère d'une vente pure et simple et devait en produire tous les effets. La transcription était nécessaire d'abord pour consolider la propriété à l'égard des tiers, et en second lieu pour procéder à la purge des hypothèques qui pouvaient grever l'usufruit acquis du chef de la veuve ou de l'héritier réservataire, et qui n'avaient pu disparaître par l'effet de cette consolidation. L'arrêt adopte cette solution : « Attendu, dit-il, que Gabriel « Porte (l'adjudicataire) ne continuant pas, à raison

(1) Cass., 30 mars 1841. S. 41, 1, 350. Cass., 30 novembre 1885. S. 86, 1, 433

« de l'existence de l'héritier réservataire, la personne
 « du testateur, a le droit de faire transcrire, et qu'il a
 « intérêt à le faire pour purger les hypothèques pou-
 « vant grever les biens acquis par lui, soit du chef
 « du testateur Jules Porte, soit du chef de l'héritier
 « Gaston Porte, *plein propriétaire*, soit enfin de celui de
 « la *veuve Jules Porte usufruitière*, sans qu'il y ait à
 « rechercher si en fait il existe ou non des hypothèques
 « sur lesdits biens » (1). Cet arrêt sur lequel nous
 aurons à revenir dans la dernière partie de cette étude
 résout par l'affirmative la question de savoir si le léga-
 taire universel en présence d'un héritier réservataire
 est tenu seulement *intra vires* des dettes du testateur
 et s'il jouit de la faculté de purger, et marque, ainsi
 que nous le verrons, une évolution dans la jurispru-
 dence.

II. Nous avons supposé jusqu'ici que l'usufruit et la nue-propriété avaient pour objet des immeubles individuellement, taxativement déterminés, et nous avons démontré que dans cette hypothèse il ne pouvait jamais y avoir indivision entre ces deux droits. En est-il encore de même lorsqu'ils portent d'une façon générale et *in abstracto* sur une universalité de biens, comme par exemple une succession ou une quote-part d'une succession ? La négative a été soutenue. On a dit que dans cette hypothèse il y avait indivision, que par conséquent la licitation de la pleine propriété devait être ordonnée sur la demande soit de l'usufruitier, soit

(1) D. 98, 1, 164. S. 98, 1, 193.

du nu-propriétaire, et qu'au point de vue fiscal cette licitation ne devait pas être soumise au droit de transcription. On s'est fondé pour le prétendre, sur les arrêts rendus par la Cour suprême, le 9 avril 1877 et le 1^{er} juillet 1891⁽¹⁾. L'indétermination de l'objet, a-t-on dit, constitue une situation analogue à l'indivision. En effet, l'usufruitier ou le nu-propriétaire d'une quote-part d'une succession ne peuvent exercer leurs droits en nature, et cette impossibilité ne provient pas de ce que les biens sont impartageables, mais de ce qu'ils ignorent quels biens sont affectés à leur droit. Dès lors, il est nécessaire de recourir à un partage général, à une liquidation et à une licitation, le cas échéant, de la pleine propriété, de même que pour dénouer une véritable indivision⁽²⁾.

Ce raisonnement ne nous semble pas exact. Il a été réfuté d'une façon très concluante par M. Labbé dans une note sur l'arrêt de la Cour de cassation, du 10 décembre 1889 que nous avons déjà cité. Nous ne pouvons mieux faire que de rapporter son argumentation : « Le droit attribué, dit-il, par la loi au réservataire (un quart en nue-propriété) est déterminé simplement en quotité et non en objet individuellement « déterminé, mais il en est de même de presque tous « les droits de succession, sauf les cas de succession « anormale : c'est précisément la source de l'indivision.

(1) Cass., 9 avril 1877. S. 77, 1, 261. D. 77, 1, 389 ; Cass., 1^{er} juillet 1891. S. 91, 1, 337. D. 92, 1, 145.

(2) Conf.-rapport de M. Lardenois devant la Chambre des requêtes sur l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de rejet de la Chambre civile du 10 décembre 1889. S. 90, 1, 498 ad notam.

« Il ne faut pas en conclure que le principe que les héritiers ont tous droit à leur part en nature des biens de la succession, soit matériellement inapplicable. Non, ce principe entraîne seulement cette conséquence que tous les biens de la succession sont affectés d'office du droit établi par la loi en quotité pure, soit en propriété, soit en nue-propriété, soit en usufruit. Chacun des biens est affecté dans l'espèce pour un quart en nue-propriété de la réserve de l'ascendant. L'indivision existe toujours sur des biens individuellement déterminés..... La licitation se gouverne d'après la nature des biens et la nature des droits indivis. Elle n'est pas la conséquence de l'indétermination en objet du droit fixé en quote-part. Elle est la conséquence de l'indivision combinée avec l'impossibilité du partage en nature » (1).

Au point de vue juridique il n'y a donc aucune distinction à établir entre l'hypothèse où les droits d'usufruit ou de nue-propriété ont été cantonnés sur des immeubles déterminés, et l'hypothèse où ces droits doivent porter d'une façon générale sur l'ensemble des biens tant meubles qu'immeubles qui se trouvent composer une succession. Dans ce dernier cas, il faut considérer chaque bien individuellement déterminé, et la licitation de la pleine propriété n'en doit être admise que s'il y a tout à la fois indivision entre les ayants-droit et impossibilité d'un partage en nature. Or, cela n'est pas contestable, il n'y a pas indivision sur un

(1) Note sous Cass., 40 décembre 1889. S. 90, 1, 497.

bien taxativement déterminé entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Notre deuxième hypothèse se ramène donc à la première ⁽¹⁾. En matière fiscale nous en concluons que le droit de transcription est exigible, puisque dans l'un comme dans l'autre cas la licitation de la pleine propriété des immeubles qui aurait été volontairement consentie ne pourrait être considérée comme faisant cesser une indivision qui n'existait pas, bien que l'adjudication ait été prononcée au profit d'un des colicitants.

L'hypothèse d'un usufruit portant sur une quote-part d'une succession est de nature à se présenter aujourd'hui fréquemment, depuis que la loi du 9 mars 1891 a accordé au conjoint survivant sur la succession du prédécédé un droit d'usufruit qui est suivant les circonstances du quart, de moitié, ou d'une part d'enfant légitime le moins prenant. Au cas d'une adjudication à son profit d'un immeuble de la succession, il faudra appliquer la doctrine de l'arrêt du 10 décembre 1889 et percevoir en conséquence le droit de transcription sur la totalité du prix, car le conjoint survivant ne se trouve dans l'indivision avec les héritiers qu'en ce qui concerne l'usufruit ⁽²⁾.

Si en principe la licitation de la pleine propriété ne peut être demandée par l'usufruitier contre le nu-propriétaire ou réciproquement, et cela dans le cas même où il s'agit de l'ensemble des biens composant une

(1) En ce sens: Angers, 4 janvier 1882. S. 82, 2, 59; Dijon, 24 décembre 1883. S. 84, 2, 28.

(2) Lyon, 16 juillet 1896. S. 97, 2, 36.

succession, ce principe comporte suivant la Cour de cassation deux exceptions : d'abord si d'après les intentions du testateur qui a séparé la nue-propriété de l'usufruit en les léguant à des personnes différentes, l'usufruit n'affecte pas taxativement tel ou tel immeuble, mais porte, d'une manière générale sur le résultat de la liquidation de la succession, sur le prix des biens vendus en pleine propriété. En second lieu, si par suite des difficultés que présenterait le partage des immeubles en nature, la liquidation de la quote-part grevée d'usufruit ne pouvait se faire d'une façon favorable et utile qu'autant qu'il aurait été procédé à la licitation de la pleine propriété de ces immeubles. Dans ces deux cas la licitation peut être ordonnée par le juge qui constate souverainement, en vertu de son pouvoir d'appréciation, si le partage en nature serait contraire aux intentions du testateur ou préjudiciable aux intérêts des parties en cause.

La première exception au principe se trouve renfermée dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 avril 1877 (1). Cet arrêt reconnaît que le mari survivant, donataire en usufruit de tous les biens de sa femme ne saurait s'opposer à la licitation de la pleine propriété d'un acquêt de communauté reconnu impartageable, par le motif que telle était l'intention de la testatrice, interprétée souverainement par les juges du fait : « Attendu, déclare la Cour, que l'arrêt attaqué, « interprétant la donation faite par la dame Jumereau

(1) S. 77, 1, 361. D. 77, 1, 389.

« à son mari, a jugé que, dans l'intention de la donatrice, l'usufruit par elle donné à son mari devait porter, non sur un immeuble déterminé..... mais, en général, sur l'ensemble des biens tant meubles qu'immeubles, en quoi que ce tout puisse consister, qui se trouveraient composer sa succession telle qu'elle serait fixée par les opérations de liquidation et partage accomplies conformément à la loi... » C'est aussi ce que fait ressortir très clairement l'arrêt du 10 décembre 1889 (1). On ne fait donc qu'interpréter et observer la volonté du disposant en ordonnant la licitation de la pleine propriété des immeubles en litige et en faisant porter l'usufruit donné ou légué sur le prix en provenant.

La deuxième exception au principe se trouve énoncée dans l'arrêt du 1^{er} juillet 1891 (2). Il s'agissait d'un legs d'usufruit affectant la quotité disponible. La licitation de la pleine propriété des immeubles que réclamait l'usufruitier, a été ordonnée, non par des motifs de droit d'une portée absolue et générale, mais par des considérations puisées dans les circonstances de la cause et tirées des difficultés qu'aurait présentées un partage en nature : « attendu, en fait, lit-on, que l'arrêt attaqué..... a déclaré que les biens composant l'hérédité consistent principalement en immeubles d'une grande importance, terrains, forêts, marais ; que les marais et les forêts sont, pour partie au moins,

(1) Conf., Paris, 13 janvier 1891 ; Pand. Franc., 91, 2, 321.

(2) S. 91, 1, 337. D. 92, 1, 145.

« grevés de droits d'usage ; que le partage en nature
« entraînerait une notable dépréciation de la valeur
« d'ensemble et ne pourrait s'effectuer sans préjudice
« pour les intéressés..... » (1)

De ce que dans les deux hypothèses spéciales que nous venons d'examiner, la Cour de cassation admet qu'il y a lieu d'ordonner une licitation pour la pleine propriété entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, faut-il en conclure que l'adjudication prononcée au profit de l'un d'eux est une véritable licitation au sens de l'article 883, Code civil, que par conséquent, elle produit tous les effets du partage, fait naître le privilège du copartageant, efface rétroactivement les hypothèques inscrites du chef de l'usufruitier ou du nu-propriétaire suivant les cas, est rescindable pour cause de lésion de plus du quart, enfin n'est pas assujettie au droit de transcription ? Non, ces solutions ne sont pas acceptables, et d'ailleurs elles ne résultent pas des arrêts de 1877 et de 1891. La nature des droits est évidemment indépendante du procédé par lequel, en cas de confusion, d'entrecroisement de ces droits, on les sépare et les fixe pour en permettre ou en faciliter l'exercice. Quand une adjudication intervient, non pour faire cesser une indivision juridique, mais uniquement pour déterminer l'assiette de divers droits, elle n'a pas le caractère de la licitation et ne peut en produire tous les effets. Et d'ailleurs, comment concevoir que si, en règle générale, l'aliénation de l'usufruit au profit du

(1) Dans le même sens : Nancy 3 janvier 1896. S. 97, 2, 133.

nu-propriétaire ou réciproquement n'est pas dotée de l'effet déclaratif, il puisse en être autrement pour le cas, soit où l'intention du testateur serait de faire porter l'usufruit sur les résultats de la liquidation, soit où la licitation de la pleine propriété aurait été ordonnée par suite des difficultés qu'aurait présentées un partage en nature? Et puis la fiction de l'article 883, Code civil ne peut trouver ici son application, car on ne rencontre pas les inconvénients auxquels a voulu parer le législateur en l'édicteant. Elle a pour but, en effet, de soustraire le communiste adjudicataire de la totalité d'un immeuble indivis aux poursuites des créanciers de ses co-propriétaires, lesquels pour exercer leur droit hypothécaire auraient pu saisir et faire vendre la totalité de l'immeuble. Or, le nu-propriétaire qui acquiert l'usufruit (pour ne parler que de cette hypothèse, l'hypothèse inverse étant identique), ne fait qu'ajouter au droit qui lui appartient un droit complètement distinct et indépendant qui peut être saisi seul et abstraction faite de la nue-propriété par les créanciers dont il est le gage.

D'ailleurs les arrêts de 1877 et de 1891 ne déclarent en aucune façon qu'il y ait indivision dans les hypothèses exceptionnelles où ils ont ordonné la licitation de la pleine propriété. Leurs décisions sont inspirées uniquement par des raisons d'utilité pratique et par le désir de dénouer commodément des situations de fait compliquées et embarrassées; ils n'ont pas vu dans la licitation qu'ils ont ordonnée dans ce but, un mode de partage appliqué entre co-indivisaires. « Ils

« emploient il est vrai le mot de *licitation* qui est la
« mise en vente d'un immeuble indivis entre co-pro-
« priétaires ; mais il n'y a là qu'un moyen de colorer
« une solution qui leur paraissait désirable en équité
« et que les principes du droit réprouvent. » (1)

Les tribunaux secondaires paraissent cependant avoir une tendance à donner aux solutions de la Cour de cassation, la signification que nous repoussons et qui, comme nous l'avons démontré, n'en résulte nullement. (2)

De l'adjudication sur licitation au profit du grevé de substitution.— Une autre question qui a donné lieu à de vives controverses est celle de savoir s'il y a indivision entre le grevé de substitution et les appelés. D'après l'Administration de l'Enregistrement dont la théorie est adoptée par la jurisprudence, la solution de cette question présente de l'intérêt au point de vue de l'exigibilité du droit de transcription. Voici l'hypothèse où elle peut se poser. Une personne n'ayant qu'un seul enfant l'institue légataire de la quotité disponible de sa succession à charge de la conserver et de la rendre à ses enfants nés et à naître. C'est une substitution permise par l'article 1048 Code civil. La succession comprend des immeubles. Le tuteur nommé à la substitution porte à la connaissance des tiers, par la transcription du testament, la charge de conserver et de rendre qui grève la quotité disponible (art. 1069, Code civil).

(1) Note de M. Wahl sous Cass. 12 mai 1897. S. 93. 1, 193

(2) Nancy 3 janvier 1896. S. 97, 2, 133; Poitiers 11 juin 1889 sous Cass. 1^{er} juillet 1891. S. 91, 1, 337. D. 92, 1, 145.

L'héritier recueille le patrimoine du défunt à deux titres différents : moitié comme réservataire, moitié comme légataire grevé de substitution, et de ce fait il se trouve dans une situation particulièrement délicate. Il est propriétaire pur et simple et incommutable des immeubles héréditaires dans la mesure de la réserve, et à ce titre il peut en disposer de la manière la plus absolue et la plus irrévocable. Il est aussi propriétaire actuel de ces mêmes immeubles dans la mesure de la quotité disponible ; mais la charge de conserver et de rendre qui les grève limite sur eux son droit de libre et entière disposition, en ce sens que les aliénations et les charges qu'il peut conférer s'éteindront si la substitution vient à s'ouvrir. Le législateur veut protéger les appelés contre les actes de disposition du grevé : il leur permet de les méconnaître.

Par suite de la confusion existant forcément entre la réserve et la quotité disponible, la charge de conserver et de rendre qui en *droit* ne grève que cette dernière va grever *en fait* la succession toute entière. La situation de l'héritier en est singulièrement aggravée et son crédit notablement diminué. Il lui importe qu'il y ait une démarcation nettement tranchée entre ces deux parties de la succession : il pourra disposer librement et sûrement des biens mis dans le lot de la réserve. Il met donc en cause le tuteur à la substitution et forme contre lui une demande en partage. Cette demande est-elle recevable ? D'autre part, et à supposer que la demande ne soit pas contredite, l'adjudication d'un immeuble reconnu impartageable prononcée au profit

du grevé est-elle soumise au droit de transcription comme étant un acte de nature à être transcrit ? Ces deux questions sont en général connexes, ainsi que cela ressort de nos explications sur l'usufruit et la nue-propriété, et leur solution dépend tout d'abord du point de savoir s'il y a indivision entre le grevé et les appelés.

Faisons tout d'abord remarquer qu'il ne saurait y avoir indivision entre le grevé et les appelés sur les biens substitués, car leurs droits sur ces biens ne se réduisent pas par leur concours à une part mathématique, à une fraction idéale. La question ne peut donc pas se poser dans l'hypothèse où une personne décédée sans enfants a légué tous ses biens à l'un de ses frères ou sœurs avec la charge de les conserver et de les rendre à ses enfants nés et à naître (art. 1049, Code civil), car ici la succession ne comprend que des biens substitués. La discussion ne peut réellement porter que sur le point de savoir s'il y a indivision entre le grevé et les appelés, quant à la réserve d'une part, et d'autre part quant aux biens substitués.

Pour soutenir l'affirmative, on compare le grevé à un propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé à un propriétaire sous condition suspensive. On reconnaît que ce dernier peut, dès avant l'ouverture de la substitution, exercer les actes conservatoires nécessaires (arg. art. 1180 Code civil), transmettre son droit à titre onéreux ou gratuit, le grever d'hypothèques en tant qu'il porte sur des immeubles (arg. art. 2125,

Code civil), y renoncer purement et simplement en faveur du grevé ⁽¹⁾. « Il a, dit M. Demante, un *véritable droit acquis* à partir de la donation entre vifs ou « du décès de l'auteur de la disposition, et c'est ce qu'a « compris le législateur de 1849 lorsque, ramenant « les substitutions aux limites du Code civil, il a respecté les droits des appelés déjà nés ou conçus. » ⁽²⁾ On lui reconnaît donc un droit de propriété sur les biens substitués, mais un droit soumis à la condition suspensive du décès du grevé. Or, il peut très bien y avoir indivision entre le propriétaire pur et simple d'une quote-part et le propriétaire conditionnel pour une autre quote-part ; ou du moins « l'indivision existe « en germe dans l'attente d'une condition susceptible « de retroagir » ⁽³⁾. Si la condition vient à défaillir, « le propriétaire conditionnel sera il est vrai réputé n'avoir jamais eu aucun droit et n'avoir jamais été dans l'indivision. Mais en attendant il y a là une situation de fait qui ressemble de tous points à l'indivision, et l'incertitude qui règne sur le droit du propriétaire conditionnel ne saurait en modifier le caractère. Il faut donc admettre qu'il doit exister un moyen de dénouer cette indivision entre la propriété ferme et la propriété conditionnelle, et ce moyen est suivant les cas un partage ou une licitation. D'ailleurs, seul le propriétaire pur et simple pourrait le provoquer à l'exclusion du propriétaire conditionnel. En fait, il y a

(1) Aubry et Rau, t. 7, § 696. Notes 84 et 85.

(2) Note sous Cass. 18 mars 1884. S. 84, 1, 345.

(3) Labbé. Revue critique de Législation et de jurisprudence 1385 p. 346.

seul intérêt. De plus, la licitation d'un immeuble compris dans une pareille indivision prononcée à son profit doit produire les effets d'un partage avec son caractère déclaratif, et le droit de transcription ne peut être perçu, car, aux termes de l'article 1^{er}, n° 4 de la loi du 23 mars 1855, les jugements rendus sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant sont dispensés de la transcription. Il doit en être ainsi de l'adjudication au profit de l'héritier réservataire grevé de substitution, puisqu'elle met fin à l'indivision existant entre le grevé, propriétaire pur et simple et les appelés, propriétaires conditionnels, quant à la réserve d'une part et d'autre part quant aux biens substitués. (1)

Cette opinion ne nous paraît pas devoir être adoptée. L'appelé, croyons-nous, n'a aucun droit formé avant l'ouverture de la substitution, mais seulement, ainsi que le déclare Pothier, une simple espérance, une simple expectative qui ne peut être assimilée même à un droit conditionnel. Il n'est pas plus exact de le comparer à un propriétaire sous condition suspensive que de comparer le grevé à un propriétaire sous condition résolutoire. « Le substitué, dit Dalloz (2), pendant « la condition, n'a qu'une espérance de recueillir l'objet du fideicommiss, et ne peut encore exercer aucune action supposant un droit acquis. » Le grevé est le seul et vrai propriétaire des biens substitués ; comme tout propriétaire, il peut disposer, aliéner, hypothéquer, grever les immeubles de servitudes. A la

(1) En ce sens : Demante, note dans Sirey, 1884. I. 345.

(2) Rép. Gén., v° substitution, n° 436.

différence du propriétaire sous condition résolutoire, son droit ne s'évanouit pas rétroactivement si la substitution vient à s'ouvrir. « La propriété a fait sur sa « tête une impression ineffaçable » (1). Les droits qu'il a concédés ou qui sont nés de son chef s'évanouissent, il est vrai ; mais c'est un résultat de tous points conforme au but de cette institution, et qu'il n'est pas besoin d'expliquer juridiquement, ainsi que le faisaient nos anciens auteurs (2), par application de la règle : « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* » Si l'on admet que la disposition faite en faveur du grevé s'évanouit pour ne laisser subsister que celle faite en faveur de l'appelé et que ce dernier doit être considéré comme ayant toujours été seul donataire des biens substitués, on supprime l'une des conditions qui ont toujours été nécessaires pour qu'il y eut substitution, l'existence d'une double libéralité, et par conséquent le trait de temps, *tractus temporis*, qui doit exister entre elles.

Le droit de l'appelé s'ouvre à la mort du grevé, et sans rétroactivité. Il ne remonte pas au jour où le droit du grevé s'est ouvert. On ne pourrait le concevoir dans l'hypothèse où l'appelé ne serait pas encore conçu à cette époque. Pendant la vie du grevé, il est en ce qui concerne les biens substitués exactement dans la même situation que l'héritier présomptif en ce qui concerne les biens de la succession qu'il est appelé à

(1) Demante, loc. cit.

(2) Pothier. Des substitutions, section V, art. 2. — Thevenot. Substitutions chap. XXIII, n° 583.

recueillir. Il a un simple droit éventuel, subordonné à la condition du prédécès du grevé, « un droit de succession fortifié par l'indisponibilité des biens » (1). Cette conception du droit de l'appelé a le mérite de tenir compte de l'un des traits caractéristiques des substitutions, l'ordre successif, *ordo successivus*. Il faut en conclure que ce droit, à la différence du droit du propriétaire sous condition, n'est pas héréditairement transmissible (2), n'est pas cessible, n'est pas susceptible d'hypothèque, lorsqu'il s'applique à des immeubles, car pour hypothéquer il faut être propriétaire et avoir capacité d'aliéner (art. 2124 C. Civ.). Ce droit peut être comparé, semble-t-il, à celui qu'engendre l'institution contractuelle, droit que la doctrine tend à assimiler à un droit de succession, réservé il est vrai, mais enfin à un droit de succession (3).

Cette théorie conduit à reconnaître qu'il n'y a pas indivision entre le grevé et les appelés, car « la coïncidence des droits » qui est nécessaire pour y donner lieu n'existe pas. Comment concevoir d'ailleurs qu'il puisse y avoir indivision, même dans le cas où aucun appelé ne serait conçu ! C'est une conséquence inadmissible du système de l'indivision. Le grevé, tant qu'il possède, a donc dans la main tous les droits de la propriété. « Il n'est pas, dit M. le Conseiller Voi-sin (4), comme réservataire d'une part, et légataire

(1) Labbé, Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1885, p. 346.

(2) L'article 1051 C. civ. admet seulement la représentation.

(3) Testoud, Revue critique de Législation et de Jurisprudence, 1885, p. 153.

(4) Rapport présenté à la Chambre des Requêtes sur l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 18 mars 1884, S. 84, I, 345.

« de la quotité disponible substituée, d'autre part,
 « dans cette situation d'être dans l'indivision avec lui
 « même à raison des deux qualités qui se réunissent
 « en sa personne ; il est, jusqu'au moment de l'ouver-
 « ture de la substitution, seul et vrai propriétaire ;
 « toute idée d'état indivis doit donc être écartée. »

S'il ne peut être question d'indivision actuelle, mais
 seulement éventuelle, entre le grevé et les appelés, il
 faut en conclure que la demande en partage ou licita-
 tion n'est pas recevable. C'est ce que déclare M. Labbé
 dans ses observations sur l'arrêt de la Cour de cassa-
 tion du 18 mars 1884 rapporté ci-après ⁽¹⁾. Mais il
 ajoute : « Nous croyons cependant qu'il est plus con-
 « forme à l'esprit, sinon à la lettre de notre législa-
 « tion, de permettre, nous ne dirons pas un véritable
 « acte de partage, acte destiné à faire cesser l'indivision
 « du moins une démarcation tranchée entre la réserve
 « et la quotité disponible. L'indivision n'existe pas ;
 « mais la situation en offre la confusion et les incon-
 « vénients. »

La doctrine se prononce, d'une manière générale,
 pour le système qui exclut l'indivision ⁽²⁾. La ju-
 risprudence est aussi dans ce sens ⁽³⁾. « Attendu,
 « porte l'arrêt du 18 mars 1884, qu'il résulte de la
 « combinaison des articles 1048 et 1053 C. Civ., que
 « les droits des appelés ne s'ouvrent qu'au moment où

(1) Revue critique de jurisprudence, 1885, p. 346.

(2) Demolombe, des donations entre vifs et des testaments, t. V, n° 548 et 549. — Dalloz, Rép. Gén., v. substitution, n° 436.

(3) Cass. 18 mars 1884. S. 84, I, 345. D. 84, I, 419. — Cass. 7 avril 1886. S. 86, I, 487. D. 87, I, 220.

« ceux du grevé de la charge de rendre cessent d'exister ; que la propriété ne pouvant être flottante et incertaine, les droits qui en découlent résident dans les mains du grevé, tant qu'il possède, sauf l'expectative des appelés, auxquels n'affère qu'un droit purement éventuel et subordonné ; que le grevé n'est pas dès lors dans l'indivision avec les appelés. »

Faut-il en conclure, ainsi que le fait l'administration de l'Enregistrement et la jurisprudence de la Cour de cassation, que le droit de transcription est exigible sur l'adjudication prononcée au profit du grevé ? Pour le soutenir on invoque les arguments suivants :

Cette adjudication, dit-on, n'a pas été rendue au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, puis qu'il n'y a pas indivision entre le grevé et les appelés : elle est donc soumise à la transcription aux termes de l'article 1^{er}, n° 4 de la loi du 23 mars 1855. La transcription a d'ailleurs pour le grevé un double intérêt pratique. Avant l'adjudication il n'aurait pu consentir à des tiers que des droits résolubles sur les immeubles licités : il avait donc un intérêt évident à convertir ces droits résolubles en droits définitifs. Cette transformation s'est opérée par l'effet de la licitation, et par contre, le droit des appelés nés ou à naître a été transporté sur un capital mobilier dont le grevé est resté saisi. Il est utile de porter à la connaissance des tiers ces changements intervenus dans la situation respective du grevé et des appelés. De plus les appelés ont pu consentir des hypothèques sur les immeubles compris dans la substitution, et le grevé n'en étant pas

tenu personnellement à la faculté de les purger, ce qu'il ne peut faire qu'en faisant transcrire son titre. La transcription aura enfin cet effet d'arrêter le cours des inscriptions du chef des appelés. L'adjudication est donc à tous les points de vue un acte de nature à être transcrit et tombe nécessairement sous l'application de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 (1).

Telle est l'argumentation des partisans du droit de transcription. Nous ne la croyons pas exacte. Nous admettons bien, comme eux, qu'il n'y a pas indivision entre les appelés et le grevé et que l'adjudication prononcée au profit de ce dernier n'est pas une véritable licitation intervenue entre cohéritiers ou copartageants. Il est bien vrai, d'autre part, que toute adjudication qui ne présente pas les caractères d'une véritable licitation est soumise à la transcription par l'article 1^{er} n° 4 de la loi du 23 mars 1855, mais pourquoi ? Pour consolider la propriété à l'égard des tiers. Or, dans notre hypothèse il n'y a pas eu de transmission de propriété puisque dès avant l'adjudication c'était le grevé et le grevé seul qui était propriétaire. Le seul effet de ladite adjudication a été d'intervertir son titre de propriété en ce qui concerne la quotité disponible : il en est désormais propriétaire pur et simple et incommutable ; la charge de conserver et de rendre à été, pour ainsi dire, *purgée*. Il n'existe d'ailleurs pas de tiers qui puissent se prévaloir du défaut de transcription. Les appelés ne pouvant jamais être considérés

(1) Rapport de M. Voisin, S. 84, I, 345.

comme ayant été propriétaires, ne fut-ce qu'un instant de raison, de l'immeuble licité, les droits qu'ils peuvent avoir conféré sur cet immeuble sont sans valeur, sans efficacité à l'égard du grevé, et cela indépendamment de toute transcription.

Nos adversaires soutiennent en second lieu que la transcription est utile pour faire connaître aux tiers l'évanouissement de la charge de conserver et de rendre qui affectait la propriété du grevé dès avant l'adjudication. Il importe, sans contredit, au crédit public de savoir que les biens substitués sont affranchis de la substitution et sont redevenus libres entre les mains de l'adjudicataire. Ce serait certainement désirable et avantageux, de même qu'il serait avantageux et désirable que toutes les opérations de partage fussent assujetties à la transcription pour que les tiers en eussent officiellement connaissance. En législation, un pareil système ne pourrait être qu'approuvé car il procurerait plus de sécurité dans les relations d'affaires. Mais il faut bien reconnaître qu'il n'existe pas dans notre droit actuel. La loi de 1855 n'assujettit à la transcription que les actes et jugements portant transmission de propriété immobilière et les actes de résolution de ces mêmes contrats. La consolidation des droits de propriété qui s'opère par suite d'un partage ou d'une adjudication au profit d'un grevé de substitution, n'est pas entrée dans les prévisions du législateur (1).

(1) En ce sens : Demante note : S. 84, 1, 345. — Testoud : *Revue critique de jurisprudence*, 1885, p. 153. La *Revue du Notariat* (art. 4552 et 4624)

Enfin, dit-on, les appelés bien que n'ayant aucun droit formé relativement aux biens substitués avant l'ouverture de la substitution, n'en ont pas moins un droit conditionnel qui leur permet d'hypothéquer les immeubles compris dans la substitution (arg. art. 2125 C. civ.) ⁽¹⁾. Le grevé adjudicataire a donc intérêt à purger, et par conséquent le droit de transcription est exigible en vertu de l'article 54 de la loi de 1816. Mais on peut répondre d'abord, comme l'a fait M. Demante ⁽²⁾, que les hypothèques nées du chef des appelés se trouvent résolues par la seule énergie de la licitation, et qu'on ne peut concevoir la purge puisque le jugement d'adjudication a eu pour effet de déterminer *irrevocablement* la somme sur laquelle ont été transportés les droits éventuels des appelés et qui reste entre les mains du grevé jusqu'à l'ouverture de la substitution. On rattache donc à la transcription des effets qui découlent de la seule énergie de la licitation. On peut encore faire, croyons-nous, une autre réponse. L'appelé, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, n'a avant l'ouverture de la substitution qu'une simple espérance qui ne peut se comparer à un droit de propriété même conditionnel. D'autre part, l'hypothèque ne peut être constituée que sur des immeubles qui peuvent être saisis et vendus aux enchères (art. 2118-2204, C. civ.). Or com-

déclare qu'il doit suffire dans ce cas de faire mentionner en marge de la transcription qui a été faite en vertu de l'article 1069, Code civil, l'acte qui dégreve les biens de la charge de substitution.

(1) Dalloz. Rep. Gen. V^e Privilèges et Hypothèques, n^o 1201. — Pont. Des Privilèges et Hypothèques, t. 2, n^o 638.

(2) Note : S. 84, 1, 345.

ment admettre la saisie et l'expropriation des immeubles objets de la substitution de la part des créanciers de l'appelé? Il semble d'ailleurs que les partisans du droit de transcription se contredisent dans une certaine mesure car, voulant prouver qu'il n'y a pas indivision entre le grevé et les appelés, ils déclarent que ces derniers n'ont aucun droit jusqu'à l'ouverture de la substitution, ce qui ne les empêche pas d'admettre ensuite qu'ils peuvent hypothéquer.

Si comme cela nous paraît juridique, les appelés ne peuvent hypothéquer les biens substitués, le grevé n'aura pas de purge à effectuer, et de ce chef la transcription est encore inutile ⁽¹⁾. A tous les points de vue donc la transcription est sans intérêt et le droit par conséquent n'est pas exigible ⁽²⁾.

La jurisprudence est en sens contraire. Tous les arrêts de la Cour suprême qui repoussent le système de l'indivision entre le grevé et les appelés se prononcent en même temps pour l'exigibilité du droit de transcription.

« Attendu, porte l'arrêt du 18 mars 1884, que le
« jugement d'adjudication rendu au profit du grevé ne
« saurait être considéré comme rendu au profit d'un
« copartageant, et qu'aux termes de l'article 1^{er} § 4 de
« la loi du 23 mars 1855, il devait être transcrit ;

« Attendu, d'autre part, qu'à la différence de la loi du
« 21 ventose an VII qui, par son article 25, n'imposait

(1) En ce sens MM. Labbé et Testoud, loc. cit. Revue du Notariat, n° 4673.

(2) MM. Demante et Testoud, loc. cit. Journal de l'enregistrement, n° 12279.

« le droit de transcription que sur les actes emportant
« mutation de propriété immobilière, la loi du 28 avril
« 1816 (art. 54) impose ce droit, lors de l'enregistre-
« ment, aux actes qui seront de nature à être trans-
« crits ;

« Attendu que tel est précisément le caractère d'un
« jugement d'adjudication sur licitation de biens
« immeubles au profit d'un grevé de la quotité dispo-
« nible ; que le grevé ne pouvant aliéner ou hypothé-
« quer les immeubles compris dans la substitution
« que sous condition résolutoire, a un intérêt réel à
« les affranchir de la substitution en transportant les
« droits éventuels des appelés, sous la même condi-
« tion, sur une somme déterminée dont il reste saisi,
« et à purger, le cas échéant, lesdits biens des dettes et
« hypothèques pouvant les grever du chef même des
« appelés, purge dont la première formalité est, aux
« termes de l'article 2181, Code civil, la transcription
« du jugement d'adjudication ⁽¹⁾.

L'Administration de l'enregistrement n'exige le droit de transcription que si le grevé ne se trouve dans l'indivision, ni avec les appelés, ni avec les cohéritiers, ou des donataires du disposant. Dans le cas contraire elle considère que les principes ordinaires de la licitation reprennent leur empire, que l'article 883, Code civil, devient applicable, et qu'en conséquence les hypothèques conférées par les appelés colicitants se trouvent anéanties. De plein droit la charge de con-

(1) S. 84, 1, 345. D. 84, 1, 419. V. aussi cass. 7 avril 1886, S. 86, 1. 484 D. 87, 1, 220.

server et de rendre se trouve reportée sur les autres valeurs de la succession et spécialement sur le prix d'adjudication. Le droit de transcription n'est donc pas exigible alors que l'adjudication a été tranchée au profit du grevé ou au profit d'un autre colicitant⁽¹⁾.

(1) Sol 25 décembre 1866, 27 mars 1867, 26 novembre 1874, 27 mars 1875

CHAPITRE III

CESSATION DE L'INDIVISION

Plusieurs cohéritiers possèdent par indivis un immeuble de la succession : ils en sont copropriétaires. Tant que dure l'indivision, aucun n'en est propriétaire exclusif. Le tout appartient à tous. Le partage est provoqué. Une partie déterminée et divise de l'immeuble est mise dans le lot de chacun. Désormais chaque héritier n'a plus aucun droit sur les portions attribuées à ses cohéritiers, mais se trouve en retour propriétaire exclusif de celle comprise dans son lot. Comment cette transformation s'est-elle accomplie ? L'analyse permet de découvrir dans le partage des aliénations et des acquisitions réciproques. Chaque cohéritier échange son droit indivis dans la totalité contre la propriété exclusive d'une portion déterminée : c'est-à-dire que le partage est en réalité translatif de propriété. C'est ce que déclaraient très rationnellement les jurisconsultes romains ⁽¹⁾ qui l'assimilaient tantôt à la vente, tantôt à l'échange ; et il en résultait que les cohéritiers devaient respecter tous les droits acquis à des tiers pendant l'indivision, car ils

(1) Ulpien, Reg. XIX, § 16.

étaient les ayant cause les uns des autres. Aujourd'hui, dans notre droit moderne, nous disons que le partage est déclaratif. Chaque héritier est pour nous l'ayant cause direct du défunt pour tous les objets mis dans son lot. Nous oublions qu'un état d'indivision, essentiellement transitoire, il est vrai, a existé. Nous considérons par suite comme non-avenues les aliénations, hypothèques et autres charges qui ont pu s'établir sur les biens indivis. Nous assimilons la licitation au partage au point de vue de l'effet déclaratif, parce qu'elle en est souvent une opération nécessaire. Toute cette théorie sur le caractère du partage et de la licitation se trouve renfermée dans l'article 883, Code civil. Comment s'explique ce revirement, cet abandon de la théorie romaine si rationnelle et si juridique ? C'est dans l'histoire de notre ancien droit féodal qu'il faut aller en chercher l'explication.

Aux premiers siècles de la féodalité, il n'y avait pas de partage du fief. L'aîné des fils le recueillait en totalité. Puis vint la tenure en *parage*, partage en fait, non reconnu en droit. L'hommage était toujours dû par l'aîné qui restait seul chargé vis-à-vis du suzerain des devoirs féodaux pour le tout. Ce partage devint de droit commun et s'appliqua à la grande généralité des fiefs. On fut dès lors amené à en rechercher le caractère. On y vit tout d'abord une aliénation, car on se trouvait alors au moment de la renaissance du Droit Romain qui déclarait le partage translatif. Or, toute mutation du fief, parce qu'elle ne pouvait avoir lieu que du consentement du seigneur, payait le profit,

relief, quint, lods et ventes, suivant qu'elle avait lieu à la suite d'un décès ou résultait d'une vente ou d'acte équipollent à vente; et cependant l'on n'avait jamais rien payé pour le partage. Comment expliquer cette exemption? Nos premiers juristes trouvèrent que dans le partage, il y avait une aliénation nécessaire qui devait être à ce titre exonérée des droits seigneuriaux : « *Nihil debetur domino*, dit Dumoulin, *quia est alienatio necessaria* » (1). Cette théorie prévalut jusqu'au commencement du xvi^e siècle, et elle suffit à faire exempter les partages des droits féodaux malgré les prétentions contraires des seigneurs qui soutenaient que pour celui qui provoque le partage, il y avait bien une aliénation volontaire soumise aux profits. Mais transportée dans le domaine civil, elle y donnait des résultats déplorables puisque, les conséquences de l'indivision ne disparaissant pas, les droits de la famille étaient sacrifiés à ceux des tiers. Chaque communiste apporcionné demeurait exposé aux poursuites des créanciers de ses copropriétaires.

C'est alors que les praticiens inventèrent une seconde explication, moins juridique à coup sûr que celle des légistes, mais plus originale et surtout plus propre à entourer les partages de sécurité. Les droits féodaux, se dirent-ils, frappent toute aliénation : or ils ne frappent pas le partage ; donc le partage ne contient pas d'aliénation. Mais comment expliquer qu'il n'y ait

(1) Dumoulin. Traité des fiefs, tit. I, § 33, glos. 1, n^o 69. — Loisel. Institutes coutumières, liv. IV, tit. III, reg. 13. — D'Argentré : De Laud, § 53, chap. 2.

pas d'aliénation ? Au moyen de la règle : « Le mort saisit le vif. » Les copartageants sont propriétaires de leur part en vertu de la saisine reçue soit de la loi, soit de la coutume. Chacun se trouve saisi *sub onere divisionis*. « Afin que l'héritier soit saisi de tout, dit « Lebrun, il faut nécessairement donner au partage « un effet rétroactif, et tenir l'héritier pour partagé « au moment du décès » (1). C'était une véritable fiction, une véritable subtilité. En 1538, la question fut soumise au Parlement. Quatre héritiers possédaient indivisément un fief. L'aîné avait un préciput de la moitié ; les puînés partageaient le reste. Pendant l'indivision, l'un de ces derniers manqua à ses obligations féodales. Le seigneur saisit le fief. Mais le Parlement cassa la saisie parce que le partage avait adjugé la totalité du fief à l'aîné. Le célèbre jurisconsulte Dumoulin plaida et soutint que l'aîné avait tout pris, chargé de la saisie féodale, valable pour le tout. Il perdit son procès. Désormais, il considéra le partage comme déclaratif (2).

Cet arrêt, qui donnait raison aux praticiens, fut suivi de nombreuses décisions judiciaires déclarant, en matière civile, que l'immeuble attribué à l'un des héritiers était dégagé des droits réels grevant la part indivise des autres héritiers dans cet immeuble (3). A la fin

(1) Lebrun. Traité des successions, liv. IV, chap. I, n° 36. — Voir Ferrière. Annotations sur l'art. 80 de la Coutume de Paris, p. 1238. — Hervé. Matières féodales, t. III, p. 31.

(2) Dumoulin. Commentaire sur la Coutume de Paris, § 1, glos 9 n° 43 et Traité des Censives.

(3) 8 janvier 1569 ; 20 juillet 1570 ; 15 mai 1581 ; 2 août 1595.

du ^{xvii}^e siècle, l'idée du partage déclaratif était presque unanimement admise, et, à l'époque de Pothier, la vieille théorie romaine n'existait plus qu'à l'état de souvenir : « Selon les principes de notre droit français, « déclare l'éminent jurisconsulte, très opposés de ceux « du droit romain, les partages ne sont pas des actes « par lesquels les copartageants acquièrent, ni soient « censés acquérir rien les uns des autres. Le principal effet du partage est de déterminer la portion de « chacun des héritiers et de la restreindre aux seuls « effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière « que chaque héritier soit censé avoir succédé à aucun « de ceux compris dans des lots de ses cohéritiers ⁽¹⁾ ».

L'exemption des droits seigneuriaux fut étendue du partage pur et simple au partage avec soulte et à la licitation. L'article 80 de la Coutume de Paris, réformée en 1580, assimile pleinement cette dernière au partage. Il est ainsi conçu : « Si l'héritage ne se peut « partir entre les cohéritiers et se licite par justice sans « fraude, ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux ; mais s'il est adjugé à un « étranger, l'acquéreur en doit ventes ». Loysel dit d'une manière bien expressive dans ses Maximes : « De partage, licitation et adjudication entre héritiers, « comparçonniers, ne sont dus lods et ventes ».

En matière civile, le principe de l'effet déclaratif fut étendu aussi à la licitation, malgré l'opinion contraire de Ferrière et de Renusson ⁽²⁾. Lebrun s'exprime à ce

(1) Pothier. Edition Bugnet, t. III, p. 249, et t. VIII, p. 186.

(2) Ferrière. Art. 326. Coutume de Paris. — Renusson Traité des Propres, chap. I, sect. V. n° 5 et s.

sujet de la manière suivante : « La licitation n'est pas
« un contrat principal, mais un accessoire et une
« dépendance du partage... On ne fait qu'ôter l'indivis
« et la communauté, ce qui ne se peut appeler autre-
« ment qu'un partage. Et quand un héritier a le total
« de l'héritage par l'événement de la licitation, on pré-
« sume que le tout lui appartenait dès le commence-
« ment. (1) » La jurisprudence trancha la controverse
par de nombreux arrêts, en assimilant complètement
la licitation au partage (2).

L'exemption des droits féodaux, qu'avait admise la
jurisprudence du Parlement en matière de licitation,
ne fut pas reproduite en 1708 dans l'édit du centième
denier. Aux termes de l'article 6, ce droit devait être
perçu sur les licitations entre cohéritiers, coproprié-
taires et coassociés de biens immeubles tenus en fief
ou en censive du roi (3). La jurisprudence décida que
lorsque c'était un des communistes qui devenait adju-
cataire, il fallait déduire sa part pour liquider le droit
de centième denier, car il n'y a mutation en ce qui le
concerne que pour ce dont il n'était pas propriétaire,
c'est-à-dire pour le surplus. La loi du 22 frimaire an VII
s'est inspirée de la législation du centième denier et
de la jurisprudence qui l'avait interprétée : elle tarife
au droit de 4 % les part acquises par les colicitants
(art. 69, § 5 n° 6 et § 7. n° 4).

Le principe de l'effet déclaratif du partage a passé

(1) Lebrun. Traité des successions, liv. IV, chap. I, n° 35, p. 247.

(2) Arrêts du 9 mars 1722, 3 mars 1743, 20 juin 1761.

(3) Bosquet. Dictionnaire des Domaines, V° Partage, § 3, et V° Licitation, n° 3.

de notre ancien droit dans le Code civil. Il se trouve formulé par l'article 883, ainsi conçu : Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement « à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus « sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des « autres effets de la succession. » C'est là une fiction que le législateur a substituée à la réalité pour un motif d'utilité pratique que nous connaissons déjà. Au partage est assimilée la licitation, dans les cas où elle a lieu au profit d'un des communistes. Voilà pour la législation civile. En matière fiscale, l'article 883, Code civil, n'est pas applicable à la licitation en ce qui concerne le droit de mutation, lequel est perçu, comme nous le savons, sur les parts acquises par le colicitant adjudicataire. Mais cet article reçoit son application en ce qui concerne le droit de transcription, dont la perception est entièrement gouvernée par les règles du droit civil. Lorsqu'en vertu de l'article 883 une licitation est déclarative de propriété, les deux objets de la transcription font défaut, et le droit ne peut être exigé, sauf dans les hypothèses exceptionnelles que nous aurons à examiner au chapitre suivant. Si au contraire l'article 883 ne reçoit pas son application, si la licitation est translatrice, la transcription est utile soit pour assurer la transmission de la propriété en vertu de la loi du 23 mars 1855, soit pour procéder à la purge des hypothèques nées du chef des communistes et qui continuent de subsister ; et, par conséquent, l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 reprend son empire.

Il est donc très important de déterminer d'une façon

précise la portée d'application de l'article 883, et la question que nous avons à résoudre ici peut être posée en ces termes : à quelle condition la licitation est-elle déclarative ? Il arrive fréquemment que plusieurs des copropriétaires d'un immeuble indivis s'en rendent conjointement adjudicataires, ou que l'un d'entre eux, adjudicataire des parts de quelques-uns, reste dans l'indivision avec les autres. L'effet déclaratif est-il susceptible de se produire dans ces différentes hypothèses ?

Quatre systèmes ont été soutenus sur la question :

1^{er} SYSTÈME. — D'après un premier système complètement abandonné aujourd'hui, l'effet déclaratif se produirait pour tout premier acte entre copropriétaires ayant pour objet d'en faire sortir quelques-uns de l'indivision. Peu importe que tous ou quelques-uns seulement aient contracté. Pourvu que l'indivision soit restreinte, l'acte en question est régi par l'article 883, Code civil : les hypothèques constituées durant l'indivision par les copropriétaires qui se retirent sont rétroactivement anéanties ; les copropriétaires restant sont censés tenir le tout de l'auteur commun (1). C'est sous l'empire de cette théorie que l'administration de l'Enregistrement, par une délibération du 7 mai 1822, déclara que le droit de transcription n'était pas exigible sur une cession de droits successifs passée entre quelques-uns de héritiers et qui ne faisait pas cesser l'indivision.

(1) En ce sens : Guyot. Tr. des Fiefs, I, chap. III, § 4, n° 4; Cass. 3 mars 1807 et 25 janvier 1809, S. chr. — Champronnière et Rigaud. Traité des Droits d'Enregistrement, t. III, n° 2734 et s.

Ce système est contraire à l'esprit de l'article 883, Code civil, dont la fiction n'a été édictée que dans l'intérêt de la propriété divise, qui succède à la propriété indivise. Or, non seulement l'indivision ne cesse pas actuellement, mais il n'est même pas possible de voir dans l'acte accompli un acheminement vers une cessation plus complète de l'indivision et ne servant qu'à la préparer. L'héritier qui acquiert les droits de l'un de ses cohéritiers et reste dans l'indivision avec les autres, n'a même pas réalisé un commencement de partage : il les a rattachés aux siens propres, et il est désormais titulaire de deux parts au lieu d'une.

2^e SYSTÈME. — Pour que l'effet déclaratif se produise, la cessation absolue de l'indivision n'est pas nécessaire ; il suffit que l'acte soit passé entre tous les communistes et que l'indivision cesse à l'égard de quelques-uns. C'est la solution qui était formellement adoptée dans notre ancien droit ⁽¹⁾. Dans cette théorie, la licitation étant presque toujours une procédure à laquelle tous les copropriétaires prennent part, reçoit l'application de l'article 883, soit que l'adjudication ait lieu au profit d'un seul, soit qu'elle ait lieu au profit de plusieurs copropriétaires ⁽²⁾. Les partisans de ce système reconnaissent tout d'abord qu'il faut mettre hors du débat l'article 888, Code civil, spécial à l'action en rescision pour cause de lésion en matière de partage. Il

(1) Pothier. Traité de la Vente, n° 644, et traité des Fiefs n° 457. — Guyot. Tr. des Licitations, ch. III, sect. 3, § 4, n° 4. — Berger. Tr. de la transcription, 1875, § 25. — Demante. Note S., 87, 1, 113. — Wahl. Note S., 91, 1, 417.

(2) En ce sens : Lyon, 21 décembre 1831, S., 32, 2, 274.

est généralement reconnu que cette disposition s'applique même aux actes qui ne font pas cesser complètement l'indivision (1). Mais pourquoi ? C'est que l'action en rescision pour cause de lésion est fondée sur l'égalité qui doit régner entre cohéritiers, et cette égalité doit être respectée dans tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision, fut-ce d'une manière relative, et à l'égard de quelques-uns seulement. L'action en rescision ne vise que les rapports de cohéritier à cohéritier. L'article 883, au contraire, envisage le partage et la licitation sous le rapport des conséquences qu'ils engendrent à l'égard des tiers ; il ne faut donc pas chercher à l'interpréter par les articles 888 et 889, qui se placent à un point de vue infiniment plus restreint.

Ce deuxième système s'appuie tout à la fois sur le texte et l'esprit de l'article 883, Code civil. Tout d'abord, dit-on, cet article ne déclare pas que chaque cohéritier est censé n'avoir jamais eu la propriété des effets compris dans les lots des autres cohéritiers, mais n'avoir jamais eu la propriété *des autres effets de la succession*. Et d'ailleurs, il a son origine dans les écrits de Pothier, qui ne subordonnait nullement l'effet déclaratif à la cessation absolue de l'indivision (2). Enfin et surtout, par le fait même qu'il crée une fiction, il doit être interprété dans le sens de cette fiction.

Or, quelle a été la pensée du législateur en édictant l'article 883 ? Il a voulu protéger la propriété

(1) Alger, 4 avril 1877, D., 79, 2, 86 ; S., 79, 2, 216.

(2) Pothier. Traité des Fiefs, édition Bugnet, t. IX, p. 615 ; Traité des Licitations, n° 638 et s., édition Bugnet, t. III, p. 255 et s., § 1 et 4.

divise qui, succédant à l'indivision, repose désormais sur la tête de l'un des copropriétaires, en permettant à ce dernier de ne tenir aucun compte des droits réels qui auraient pu grever l'immeuble du chef de ses communistes pendant l'indivision. L'état nécessairement provisoire constitué par l'indivision doit disparaître avec toutes ses conséquences; l'état définitif créé par le partage ou la licitation doit être censé avoir pris cours au début de l'indivision. Or, ce but sera-t-il atteint si l'on décide que la licitation ou la cession de droits successifs faite au profit de plusieurs des copropriétaires ne produira pas d'effet déclaratif? Non, puisque l'acte accompli est dans la pensée des parties un acheminement vers une cessation plus complète de l'indivision. L'indivision qu'un premier acte n'a pas fait cesser complètement est destinée à se dénouer en général au profit de l'un des copropriétaires. Pourquoi refuser l'effet déclaratif lorsqu'au lieu de cesser en une seule fois l'indivision va en diminuant par étapes successives et qu'en fin de compte l'adjudicataire de la totalité de l'immeuble est un des co-indivisaires primitifs? Pourquoi, dans ce cas, ne pas bénéficier des faveurs du législateur et en être déclaré indigne, « comme un tireur maladroit qui a manqué la cible, « parce qu'on s'y est repris à plus d'une fois pour « sortir d'indivision?... Est-il bon que l'effet déclaratif « du partage devienne le prix de la course et qu'il « soit compromis par les lenteurs du procédé? Si certaines opérations en se succédant doivent aboutir à « un partage ou être assimilées au partage, l'effet

« déclaratif est immanquable. Les copartageants le
« trouvent au bout de la route, même sans se presser et
« quel que soit le temps écoulé, car cet effet dépend, non
« de la rapidité des opérations, mais de leur nature⁽¹⁾ ».
La formation d'un lot collectif n'est-elle pas souvent,
en effet, un acheminement vers la formation des lots
individuels? Un immeuble appartient indivisément à
deux enfants du défunt et deux petits-enfants issus
d'un enfant prédécédé. La licitation prononcée au profit
de ces deux derniers, acquéreurs conjoints, ne devrait-
elle pas être traitée comme la licitation prononcée au
profit d'un seul? Plus tard, des deux petits-enfants,
l'un se rend adjudicataire de la totalité de l'immeuble.
Les hypothèques constituées durant l'indivision par
son frère tomberont, tandis que celles constituées par
ses oncles subsisteront! On ne voit pas la raison de
cette différence. L'effet rétroactif doit se produire lors-
qu'une indivision restreinte succède à une indivision
plus générale. Si les copartageants attributaires en
vertu de l'acte préparatoire aliènent le bien au profit
d'un tiers, il est bien vrai que ce dernier n'aura pas à
souffrir des hypothèques constituées par les coproprié-
taires sortis les premiers de l'indivision. Mais ce résul-
tat n'a rien de choquant. N'en est-il pas de même
lorsque l'attributaire unique, après avoir bénéficié de
l'effet déclaratif, vend l'immeuble qui lui est attribué?
Cette transmission nouvelle laisse substituer les consé-
quences de l'acte antérieur. Le système que nous venons

(1) M. Planiol. *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, année
1892, pages 520 et 521.

d'exposer a été adopté par quelques décisions récentes des tribunaux et des cours d'appel, et même par un arrêt de la Cour de cassation que nous analysons plus plus loin⁽¹⁾.

3^e SYSTÈME. — Un troisième système, intermédiaire entre le précédent et celui de la jurisprudence qui exige la cessation complète de l'indivision, a été soutenu par M. Labbé : « Lorsqu'un acte, dit-il, cession
« ou licitation, diminue le nombre des copropriétaires
« sans faire cesser l'indivision, la nature de cet acte
« ne peut pas être déterminée d'une façon actuelle et
« immédiate, simple et absolue. Ce n'est pas encore
« un partage, c'est peut-être un acheminement au
« partage »⁽²⁾. Il en résulte que les créanciers hypothécaires du copropriétaire éliminé de l'indivision conservent leurs droits sur l'immeuble ; ils peuvent intervenir aux opérations du partage qui aura lieu ultérieurement ; ils peuvent même le provoquer (art. 2.205, C. c.). Supposons que l'indivision qu'a laissé subsister la première licitation vienne à cesser. Deux cas peuvent se présenter. Ou bien la propriété se concentre sur la tête d'un seul des copropriétaires, et alors l'article 883, C. c., est applicable non seulement au second acte, mais encore au premier. Ou bien c'est un tiers qui se rend définitivement adjudicataire, et alors l'article 883 n'est pas plus applicable à la

(1) Besançon, 23 décembre 1891, D., 92, 2, 289; S., 92, 2, 258; Bordeaux, 24 décembre 1889, D., 90, 2, 182; S., 91, 2, 240; Pau, 15 décembre 1890, D., 91, 2, 120; cass., 21 mai 1895, D., 96, 1, 9, S., 95, 1, 350

(2) Note de M. Labbé, sous Cass., 8 mars 1875. S. 75, 1, 449.

première qu'à la seconde adjudication, car l'une et l'autre doivent être considérées comme des ventes. Les hypothèques constituées durant l'indivision par tous les copropriétaires seront confirmées.

Mais provisoirement, et en attendant la cessation complète de l'indivision, comment la première licitation qui a diminué le nombre des copropriétaires devra-t-elle être traitée? « La question, dit M. Labbé, « se présente notamment au point de vue de l'enregistrement. Nous croyons que cet acte présenté à la « formalité sera tarifé comme une vente, parce qu'il « n'est pas encore un partage, puisqu'il ne fait pas « cesser l'indivision. D'un autre côté, cet acte n'est « pas conditionnel, et la perception du droit proportionnel ne saurait être suspendue. Une fois la perception régulièrement établie, nous savons que les « événements postérieurs ne rendent pas les droits « restituables. »

Ce système bien que très ingénieux, ne nous semble pas devoir être adopté. Un acte doit conserver le caractère qu'il avait à l'époque où il a été passé. Il doit être définitivement ou une vente ou une licitation, et produire des effets définitifs. Sa nature ne peut rester en suspens jusqu'à l'arrivée d'un événement ultérieur. Et en lui attribuant provisoirement tel ou tel caractère, on tombe nécessairement dans l'arbitraire. Il est à remarquer, d'ailleurs, qu'au point de vue de l'exigibilité du droit de transcription, ce système conduit à la solution admise par la jurisprudence, avec cette nuance, toutefois, qu'il invoque dans certains cas

l'application de l'article 60 de la loi du 22 frimaire, an VII.

4^e SYSTÈME. — Le dernier système est celui qui est admis par la Cour de cassation depuis 1827. Pour elle, l'effet déclaratif exige comme condition essentielle la cessation complète de l'indivision, et se produit pour tous les biens qui deviennent la propriété exclusive d'un seul des copartageants⁽¹⁾. Il faut cependant citer en sens contraire un arrêt de la Chambre civile du 21 mai 1895⁽²⁾ qui, rendu à propos d'une question purement civile, paraît être le point de départ d'une doctrine nouvelle appelée à produire des conséquences fort importantes au point de vue fiscal. Un domaine faisant partie d'une hérédité dévolue à trois enfants du défunt fut licité, et deux d'entre eux s'en rendirent conjointement adjudicataires. Dans un partage à peu près concomitant, le prix d'adjudication fut attribué aux adjudicataires, et le troisième enfant reçut dans son lot d'autres valeurs héréditaires. Plusieurs années après le partage, l'un des adjudicataires céda sa part à l'autre. L'arrêt décide que l'indivision qu'avait laissé subsister l'adjudication avait sa cause, non plus dans la dévolution héréditaire, mais bien dans la convention des parties, et n'intéressait plus que les rapports respectifs des communistes. Et il en tire cette conséquence que l'immeuble devait être réputé n'avoir

(1) Cass., 17 novembre 1890. D. 91, 1, 25; cass., 3 décembre 1890. S. 91 1, 147.

(2) D. 96, 1, 9; S. 95, 1, 350; Pandectes françaises, 95, 1, 525; Rev. du Notariat, n° 10.157.

jamais été frappé par l'hypothèque légale de la femme du cohéritier sorti de l'indivision.

L'indivision restreinte qui subsiste entre les coadjudicataires n'aurait donc plus sa source dans la dévolution héréditaire, mais dériverait d'un fait postérieur : la convention des parties. La conséquence qu'en tire la Cour est-elle exacte? N'y a-t-il pas quelque contradiction entre la décision et les motifs de l'arrêt? Nous le croyons. Il nous semble, en effet, qu'une licitation qui crée un titre nouveau doit produire un effet translatif, car alors les adjudicataires deviennent les ayant-cause de leur cohéritier. C'est ce que déclare, d'ailleurs, un arrêt du 17 novembre 1890 ⁽¹⁾ qui présente d'une façon très nette la jurisprudence antérieure de la Cour. Après avoir décidé que lorsqu'un immeuble successoral est adjugé conjointement à deux cohéritiers, cette licitation ne jouit pas de l'effet déclaratif du partage mais ne produit que les effets attributifs d'une vente ordinaire, il ajoute : « Par suite, l'indivision qui, à partir de l'adjudication existe entre les deux coacquéreurs, n'a pas son origine dans la dévolution héréditaire, mais uniquement dans l'acquisition faite par eux en commun ». A notre avis, l'arrêt du 21 mai 1895 donne une solution très rationnelle et très acceptable, mais il eut fallu la motiver comme l'avait fait l'arrêt de la Cour de Besançon du 23 décembre 1891 ⁽²⁾, objet du pourvoi sur ce que l'adjudication dont il s'agit n'est qu'un acheminement

(1) D. 91, 1, 25.

(2) D. 92, 2, 289.

vers un partage définitif, vers la cessation complète de l'indivision.

D'après certains auteurs ⁽¹⁾, il ne faudrait pas cependant reconnaître à l'arrêt du 21 mai 1895 une portée trop générale. Il faudrait tenir compte de ce fait qu'un partage du prix avait suivi la licitation. L'immeuble licité est sorti de la masse partageable ; la créance du prix d'adjudication lui a été substituée. Cette valeur a été comprise dans le partage en même temps que les autres valeurs successorales. Ce partage, bien que laissant subsister l'indivision au regard de certains coindivisaires, produirait l'effet déclaratif, à la différence de ce qui se passe pour les actes équipollents à partage. Là serait l'innovation de l'arrêt ⁽²⁾. La licitation devrait être considérée comme ne faisant qu'une seule opération avec le partage qui l'a suivie, et jouirait ainsi de l'effet déclaratif attaché à ce dernier. Si l'on envisage la question de cette manière, l'arrêt de 1895 ne permet pas de supposer que la Cour suprême ait voulu répudier sa jurisprudence antérieure, même dans l'hypothèse où plusieurs cohéritiers se sont rendus conjointement adjudicataires en dehors de toute opération de partage.

Quoi qu'il en soit, au point de vue fiscal, il semble résulter logiquement de notre arrêt que la licitation, même lorsqu'elle ne fait pas cesser complètement l'indivision entre tous les colicitants, ne doit pas donner ouverture au droit de transcription, tout au moins

(1) M. Binét. *Revue Critique de Jurisprudence*, 1896, p. 427.

(2) V. cep. Cass., 4 décembre 1878 ; D. 79, 1, 299.

lorsqu'elle est présentée à l'enregistrement en même temps que le partage qui l'a suivie, et si ce dernier comprend le prix d'adjudication. L'Administration de l'Enregistrement n'a cependant pas accepté cette nouvelle doctrine. Une solution du 8 novembre 1895 ⁽¹⁾ décide, conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour, que la présentation simultanée à l'enregistrement d'un acte de licitation d'immeubles et d'un acte renfermant le partage du prix n'autorise pas à considérer cette opération complexe comme un partage pur et simple, et qu'en conséquence, lorsque la licitation ne fait pas cesser l'indivision des immeubles entre les acquéreurs colicitants, elle donne ouverture au droit de transcription sur la totalité du prix.

La jurisprudence d'après laquelle l'effet déclaratif ne doit être attribué qu'aux licitations faisant cesser l'indivision complètement à l'égard de tous les colicitants, a reçu de très nombreuses applications en ce qui concerne la perception du droit de transcription ⁽²⁾. Mais leur examen dépasserait le cadre de cette étude. Nous nous bornerons à indiquer quelques hypothèses où l'on peut douter si l'indivision a réellement pris fin.

(1) Répertoire périodique de l'Enregistrement, n° 8.829.

(2) Faisons observer que le droit de transcription ne serait pas exigible si l'acte de licitation contenait le partage de l'immeuble entre les colicitants acquéreurs (Cass., 18 août 1829; S. 29, 1,422). Mais il n'en serait plus de même si le partage résultait d'un acte ultérieur, alors même qu'il serait présenté à l'enregistrement en même temps que la licitation, car ledit partage a bien pu résoudre les hypothèques concédées du chef de l'un des adjudicataires conjoints, mais il n'a pu anéantir celles qui procédaient des autres cohéritiers, ni changer la nature de l'adjudication qui est restée un acte sujet à la transcription (V. Cass., 26 février 1851; D. 51, 144.)

1° Une succession est recueillie par les deux enfants du défunt pour moitié en pleine propriété et moitié en nue-propriété, et par l'époux survivant pour moitié en usufruit en vertu d'un legs fait à son profit. La licitation d'un immeuble est provoquée, mais sans que ce dernier ait été mis en cause. L'un des enfants se rend adjudicataire. Il devra le droit de transcription parce qu'il n'en reste pas moins dans l'indivision quant à la jouissance avec l'époux usufruitier. L'article 883, C. civ., n'est pas applicable ; les hypothèques qui pouvaient grever la pleine propriété du chef de son cohéritier ne se trouvent pas éteintes en tant qu'elles portent sur l'usufruit dont cette propriété se compose, mais seulement en tant qu'elles affectent la nue-propriété (1).

2° On s'est demandé s'il fallait assujettir au droit de transcription l'adjudication d'un immeuble de communauté prononcée au profit du mari colicitant. La raison de douter se tire de ce qu'on peut reconnaître qu'il y a indivision entre les époux mariés sous le régime de la communauté, relativement aux biens communs. Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner cette question, et nous avons admis qu'au regard des tiers le mari est censé seul propriétaire et doit pouvoir agir comme tel. Dès lors, il paraît rationnel d'en conclure que l'adjudication produit à son égard les effets d'une licitation ordinaire et, par suite, fait tomber les hypothèques créées par les autres colicitants. La perception du

(1) En ce sens pour une cession de droits successifs. Cass. 25 août 1879, D. 71, 4, 449 ; S. 81, 4, 181.

droit de 1,50 % manque donc de base. C'est ce qu'a reconnu un jugement du tribunal de Bergerac du 25 juin 1885 ⁽¹⁾, dans une hypothèse où postérieurement à une donation faite par deux époux communs en biens à l'un de leurs enfants de la nue-propriété du quart de divers immeubles dépendants de la communauté, le mari s'était rendu adjudicataire de ces immeubles.

3° Une troisième et dernière hypothèse nous est fournie par l'application de l'article 1.408 du Code Civil. Un mari, au cours de la communauté, se rend adjudicataire de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à sa femme. Si cette acquisition constitue un conquêt, le droit est dû à 5,50 % sur les parts des copropriétaires autres que la femme ⁽²⁾; si, au contraire, elle constitue un propre de cette dernière, c'est seulement le droit de 4 % qui est exigible sur ces mêmes parts, car il y a licitation faisant cesser l'indivision. Or, lorsque l'acquisition a été faite par le mari en son *nom personnel*, elle constitue un conquêt et ne peut devenir un propre de la femme qu'autant que celle-ci a exercé le retrait d'indivision dans les termes de l'article 1408-2° C. Civ.; mais lorsque le mari n'a point déclaré s'il achetait pour sa femme ou pour lui-même, la question est douteuse. Un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1886 ⁽³⁾ admet que le mari

(1) Répert. périod. de l'Enregistrement, n° 6.549.

(2) Le droit à 5,50 % sur la part de la femme ne sera dû que si cette dernière abandonne l'immeuble à la communauté et lors du paiement à elle fait de la part du prix de licitation qui lui revient. (Répertoire général de l'Enregistrement. V. licitation, n° 262).

(3) D. 86, 1, 2.49; S. 86, 1, 161.

doit être présumé avoir acquis dans l'intérêt de sa femme, afin de faire cesser l'indivision, en vertu d'un mandat tacite, et que par suite l'immeuble est propre en entier, sauf récompense à la communauté. Il semble, tout d'abord, qu'il applique dans ce cas l'article 1.408-1° et non l'article 1.408-2° : le mari ayant acquis au nom de la femme, les choses doivent se passer comme si la femme était intervenue en personne à l'adjudication, et l'application de l'article 1.408-2° serait restreinte au cas où le mari a acquis *seul et en son nom personnel*. Mais il ajoute : « Doit donc être « considérée comme propre de la femme la portion « d'immeuble ainsi acquise, s'il n'est pas établi que « cette portion d'immeuble ait été abandonnée à la « communauté. » C'est donc que, même dans ce cas, il reconnaît à la femme le droit d'option de l'article 1.408-2°. Et c'est équitable ; sinon il suffirait au mari d'acquérir, sans dire qu'il le fait en son nom personnel, pour imposer à sa femme un marché contraire à ses intérêts et qu'elle ne pourrait pas répudier. Mais n'y a-t-il pas quelque contradiction à reconnaître à la femme un droit d'option pour une acquisition faite en vertu d'un prétendu mandat tacite qu'elle aurait donné à son mari ? Ne serait-il pas plus logique de déclarer que l'acquisition ne forme un propre à la femme que lorsque le mari a agi en vertu d'un mandat qui ne doit pas être présumé, mais dont il faut justifier, et qu'alors le droit d'option de l'article 1.408-2° ne peut recevoir son application ? La présomption de mandat tacite, dans le cas où le mari

acquiert d'une façon en quelque sorte impersonnelle, était, il est vrai, admise dans notre ancien droit par Pothier (1). On peut la justifier par ce motif que le législateur voit avec défaveur l'indivision s'établir entre la communauté et l'un des époux. L'Administration de l'Enregistrement a pris cet arrêt pour règle de perception. Une solution du 4 septembre 1886 (2) reconnaît que l'acquisition faite par le mari de parts indivisées d'un immeuble dont le surplus appartient à sa femme, doit être réputée faite pour le compte de la femme, sous la condition résolutoire de la faculté d'option qui lui est réservée par l'article 1.408, et que, dès lors, l'indivision prenant fin, le droit de transcription n'est pas exigible. Il doit en être de même de la licitation de la totalité de l'immeuble.

(1) Pothier. *Traité de la Communauté*, n° 151.

(2) D. 88, 3, 79. Dans le même sens, voir : Nérac, 10 mars 1869. D. 70, 3, 413; Sol. du 13 mars 1889. *Revue pratique*, n. 2.837.

CHAPITRE IV

DES CAS OU IL Y A LIEU A PURGE

Nous avons, dans les deux chapitres qui précèdent, étudié les deux premières conditions que doit réunir toute licitation pour échapper au droit de 1,50 %. Nous avons tout d'abord démontré qu'il devait y avoir une indivision à faire cesser et, en second lieu, que cette indivision devait cesser d'une manière absolue entre tous les communistes. Dans la plupart des hypothèses, ces deux conditions sont suffisantes pour écarter l'application de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. La transcription est en effet inutile, soit pour assurer la transmission de la propriété, soit pour procéder à la purge des hypothèques créées par les communistes durant l'indivision, dès qu'il s'agit d'une licitation régie par l'article 883, Code civil. Mais cette licitation n'a et ne peut avoir aucune influence sur les hypothèques qui ont pu être constituées par tous autres que les communistes, comme l'auteur commun ou les précédents propriétaires. Elles continuent de grever l'immeuble dans les mains de l'adjudicataire. Ce dernier a-t-il la faculté de les purger ? Si oui, l'article 54 de la loi de 1816 est applicable ; il y a intérêt à faire opérer la transcription, préliminaire obligé des formalités de la

purge, et le droit est exigible sur l'intégralité du prix. Dans le cas contraire, cette formalité ne présentant aucune utilité, il n'y a pas lieu d'exiger le droit qui s'y rattache. Notre troisième condition peut donc se formuler ainsi : pour qu'une adjudication sur licitation échappe à l'exigibilité du droit de 1,50 %, il faut qu'elle fasse cesser complètement l'indivision au profit d'un *adjudicataire privé de la faculté de purger*. L'étude que nous avons à en faire confirmera de la façon la plus nette cette règle tant de fois affirmée par la jurisprudence, à savoir que le droit de transcription peut être perçu, lors de l'enregistrement, sur les actes dont quoiqu'ils ne soient pas translatifs, mais simplement déclaratifs de propriété, la transcription peut avoir en droit un véritable intérêt (1). Il est donc très important de rechercher quels sont les adjudicataires sur licitation qui peuvent être considérés comme de véritables tiers détenteurs, jouissant de la faculté de purger. Mais, il est indispensable, avant d'aborder cette étude de donner quelques notions générales sur la purge et d'examiner sous quelles conditions elle peut s'exercer.

« La purge, disent MM. Aubry et Rau (1) est un
« bénéfice légal en vertu duquel le tiers détenteur
« d'un immeuble grevé de privilèges et d'hypothèques,
« devenues efficaces à son égard, peut, en offrant aux
« créanciers privilégiés ou hypothécaires le prix de
« cet immeuble ou sa valeur estimative, prévenir ou
« arrêter les poursuites auxquelles l'exposerait l'exer-

(1). Cass. 28 juillet 1862, S., 62, 1, 988.

(1). Cours de Droit civil français, t. 3, § 293 bis, p. 497.

« cice du droit de suite ». Considérée par le législateur comme une sorte de faveur motivée par le désir de libérer la propriété immobilière des charges qui la grèvent, elle fait subir de graves modifications à la situation du créancier hypothécaire. En vertu du contrat qui a créé l'obligation, il avait droit au remboursement intégral au terme fixé par la convention. La purge le contraint à recevoir son paiement par anticipation, ce qui peut le priver d'un placement avantageux et, chose plus grave, elle peut ne lui procurer qu'un paiement partiel, malgré la facilité de surenchérir qui lui a été réservée par la loi, parce qu'elle peut intervenir dans des circonstances inopportunes, alors que l'immeuble a considérablement diminué de valeur. Le contrat qui a créé l'hypothèque est, lui aussi, modifié ; le droit réel que le créancier avait acquis à titre de sûreté de l'obligation principale et qui devait subsister jusqu'à son entier paiement, disparaît prématurément.

La purge est donc un mode de libération tout-à-fait exceptionnel. Il faut en conclure qu'elle n'appartient pas à tout intéressé, mais seulement à ceux auxquels la loi l'accorde. Or, les textes relatifs à la matière parlent du *tiers détenteur* (art. 2181, Code civil), du *nouveau propriétaire* (art. 2183, 2185), de l'*acquéreur*, du *donataire* (art. 2184, 2188), expressions qui désignent des ayant cause à titre particulier, des tiers auxquels l'immeuble hypothéqué a été transmis à titre gratuit ou à titre onéreux et qui sont complètement étrangers à l'obligation que garantit l'hypothèque.

Il faut donc tout d'abord refuser la faculté de purger au débiteur qui a hypothéqué un de ses immeubles pour garantir le paiement de sa dette, car il a contracté deux obligations dont il ne peut se dégager : l'une de payer la dette, l'autre de laisser vivre l'hypothèque jusqu'au complet désintéressement du créancier. Le bénéfice de la purge doit-il au contraire être accordé à celui qui a été simplement partie au contrat constitutif de l'hypothèque, ce qui est le cas du tiers qui a hypothéqué son bien pour sûreté de la dette d'autrui, autrement dit de la caution réelle ? Certains auteurs ⁽¹⁾ se prononcent pour l'affirmative parce qu'ils lui reconnaissent la faculté de délaisser et qu'ils concluent de la faculté de délaisser à celle de purger. Cette solution ne nous paraît pas exacte. Il est bien vrai que la caution réelle peut délaisser, mais la raison en est bien simple. Le délaissement a pour but d'éviter une poursuite en expropriation de la part des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble. Il ne peut être d'aucune utilité pour celui qui est personnellement obligé à la dette, parce que, tenu sur tous ses biens (art. 2092, Code civil), il n'échapperait à l'action hypothécaire que pour retomber sous le coup de l'action personnelle qui frappe tout son patrimoine, y compris l'immeuble délaissé. Aussi l'article 2172, Code civil, ne le permet-il qu'au tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette, et par tiers détenteur, il faut entendre ici tout possesseur

(1) Troplong, Des privilèges et hypothèques, IV, 903 bis.

de l'immeuble hypothéqué qui est resté étranger au contrat générateur de l'obligation principale. Celui qui n'a été partie qu'au contrat constitutif de l'hypothèque doit pouvoir délaisser. D'une part, il peut y avoir intérêt, et d'autre part, en le faisant, il ne manque pas à ses engagements. En effet, il ne porte aucune atteinte à l'efficacité du droit hypothécaire, il le laisse vivre et produire tous ses effets. Il oblige seulement le créancier poursuivant à modifier sa procédure. Mais lui reconnaître la faculté de purger, c'est lui permettre de violer la foi due au contrat, en paralysant le droit de poursuite du créancier qui, cependant, était en droit de compter sur l'hypothèque qui lui avait été consentie. On ne peut donc conclure de la faculté de délaisser à celle de purger. Cette dernière s'attaque à l'existence même de l'hypothèque, tandis que la première a trait seulement au mode d'exercice du droit hypothécaire. Nous refusons donc la faculté de purger à la caution réelle tout aussi bien qu'au débiteur principal personnellement obligé à la dette ⁽¹⁾.

Le tiers détenteur qui n'est lié par aucun lien d'obligation envers le créancier hypothécaire peut donc purger. Mais faut-il toujours lui reconnaître l'*exercice* de cette faculté? Nous ne le croyons pas. « Les formalités de la purge, dit M. Dalmbert, supposent une « propriété certaine et définitive accompagnée de la

(1) En ce sens, Labbé *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* 1856, t. VIII, p. 210. n° 2. — Aubry et Rau, t. 3, § 293 bis, note 24. — Colmet de Santerre, t. IX, n° 169 bis, VIII. — Dalmbert, *Traité de la Purge*, 106.

possession (1) ». Qu'un débiteur aliène une partie *divise* de l'immeuble hypothéqué ; le tiers acquéreur a le droit de purger et peut l'exercer de suite. Mais si l'aliénation porte sur une part *indivise*, il doit attendre le fin de l'indivision pour exercer son droit qui, jusque là, demeure suspendu. Et, en effet, comment indiquerait-il d'une façon précise dans les notifications qu'il doit adresser aux créanciers (art. 2183), la partie de l'immeuble, objet de la purge, puisqu'il ne la connaît pas et qu'il ignore même s'il en sera jamais définitivement propriétaire d'une partie, à raison de l'incertitude sur les résultats éventuels du partage ou de la licitation ?

Si les notifications sont impossibles, le droit de surenchère qui compète aux créanciers l'est également. Et, d'autre part, la loi ne permet pas à un créancier de saisir une part indivise (arg. art. 2205, Code civil), parce qu'un droit de propriété indivise se vend toujours dans des conditions défavorables. Il faut donc en conclure qu'un tiers acquéreur ne peut point, par ses offres, forcer les créanciers à surenchérir. Il doit procéder préalablement au partage [ou à la licitation qui transformeront sa propriété indivise et incertaine en une propriété divise et définitive. Le droit à la purge existe donc théoriquement dans le cas que nous examinons, mais les formalités qu'elle entraîne sont incompatibles avec le principe de la rétroactivité du partage et la règle qui défend l'expropriation forcée d'une part indivise d'immeuble.

(1) Dalmbert, Traité de la purge, n° 88.

La jurisprudence et la majorité des auteurs adoptent cette doctrine ⁽¹⁾.

Les conditions nécessaires pour pouvoir procéder à la purge nous étant connues, nous allons maintenant en faire l'application aux différentes personnes qui peuvent devenir adjudicataires à la suite d'une licitation faisant cesser l'indivision. Nous parlerons successivement :

I. Des héritiers légitimes ;

II. Des héritiers naturels, des donataires et légataires universels et à titre universel ;

III. Des légataires à titre particulier ;

IV. De l'époux survivant, commun en biens, adjudicataire d'un immeuble de la communauté ;

V. Des associés dans les sociétés civiles et commerciale

VI. Des cessionnaires de droits successifs ou de part indivise ;

Section I. — Des héritiers légitimes

L'héritier légitime est celui que la loi appelle à recueillir une succession en qualité de *parent légitime*. Il continue la personne juridique du défunt, et à ce titre, il est tenu de toutes ses obligations, pour partie de celles qui sont divisibles, pour le tout de celles qui sont indivisibles, et s'il a accepté purement et simplement la succession, il est tenu personnellement sur

(1) Dalmbert, loc. cit. n° 88. — Aubry et Rau, t. 3, § 293 bis, notes 29 et 30. Cass. 29 mai 1876, D., 76, 1, 377, S., 76, 1, 297. Cass. 4 juin 1890, D., 91, 1, 161, S., 90, 1, 135.

ses propres biens (art. 724, Code civil). S'il se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble héréditaire, il ne peut provoquer la purge, pas plus que le débiteur qu'il représente, car il violerait le contrat à l'exécution duquel il est personnellement soumis. En est-il encore de même s'il a payé sa part dans la dette que nous supposons divisible ?

Certains auteurs lui reconnaissent, dans ce cas, la faculté de purger ⁽¹⁾, mais nous ne croyons pas cette solution acceptable, car, s'il n'est plus personnellement tenu de la dette, il n'en est pas moins dans la situation du tiers qui a constitué une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui. Et en effet, tout d'abord, puisqu'il continue la personne juridique du défunt, il continue sa possession et on ne peut voir en lui un acquéreur ou nouveau possesseur. De plus, malgré le paiement de sa part dans la dette, il doit toujours respecter la sûreté conférée par le défunt, car c'est là une obligation essentiellement indivisible. Il doit laisser subsister l'hypothèque jusqu'au paiement intégral de la dette, et on ne peut l'admettre à purger bien qu'on lui accorde la faculté de délaisser. C'est dans ce sens que se prononcent en général la doctrine et la jurisprudence ⁽²⁾.

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'un héritier

(1) Troplong, *Privilèges et Hypothèques* IV, 903 bis et III 798 et 816, Laurent, t. XXXI, n 422. — Chabot, *Traité des successions*, sur l'art. 873, Code civil.

(2) En ce sens Cass. 3 février 1874, D., 74, 1, 361, S., 74, 1, 321. Il a même été décidé que la faculté de délaisser ne devait pas être admise; Cass. 19 juillet 1837, D., 37, 1, 420, S., 37, 1, 675, Cass. 2 décembre 1867, D., 67, 1, 469, S., 68, 1, 161,

bénéficiaire, c'est-à-dire d'un héritier tenu des dettes héréditaires jusqu'à concurrence seulement de la valeur des biens qui composent la succession (art. 802, 1^o, Code civil).

Tant que l'immeuble hypothéqué reste dans le patrimoine du défunt, distinct du patrimoine de l'héritier, tout le monde admet que la purge ne peut lui être permise. Et en effet, malgré la faculté qu'il a de ne plus être tenu des dettes sur ses propres biens, il n'en continue pas moins de posséder l'immeuble comme héritier et représentant du défunt. Il est administrateur de la succession pour le compte des créanciers, et il doit se gérer comme tel s'il veut conserver son bénéfice d'inventaire. Il est chargé d'opérer la liquidation, de réaliser l'actif, de payer le passif, et il doit se conformer strictement aux formalités que la loi lui impose.

Si, pour payer les dettes, il doit s'attaquer aux immeubles de la succession, il ne peut en offrir la valeur estimative aux créanciers ; il doit faire procéder à la vente aux enchères suivant les formes prévues par les articles 987 et 988, Code procédure civile (art. 805 et 806, Code civil).

Mais la situation ne doit-elle pas changer lorsque l'héritier bénéficiaire se rend adjudicataire ? Deux cas peuvent se présenter. Ou bien il s'agit d'une adjudication prononcée au profit d'un héritier unique à la suite d'une vente aux enchères provoquée par les créanciers ou l'héritier lui-même pour arriver à la liquidation de la succession bénéficiaire. Ou bien, si l'on

suppose une succession échue à plusieurs héritiers, c'est une adjudication sur licitation faisant cesser l'indivision. Dans ces deux cas, la purge est-elle possible? Le droit de transcription doit-il être perçu?

Nous allons examiner successivement ces deux hypothèses :

1° On a très vivement contesté ⁽¹⁾ l'utilité de la transcription dans le cas où un héritier bénéficiaire se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession a la suite d'une vente effectuée dans les formes prévues par les articles 987 et 988 du Code de procédure ⁽²⁾. Il est tout d'abord certain, a-t-on dit, que cette formalité ne peut avoir pour objet de consolider la propriété de l'héritier bénéficiaire, car il n'acquiert point l'immeuble par voie d'achat, mais le conserve en sa qualité d'héritier. Il était propriétaire dès le moment du décès; il continue à rester propriétaire à l'égard de tout le monde, et cela indépendamment de toute transcription, car d'une part, la loi du 23 mars 1855 (art 1 n° 4) en exempte les adjudications prononcées au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, et d'autre part elle n'y assujettit jamais les mutations par décès.

La transcription a-t-elle plus d'intérêt au point de vue de la purge des hypothèques inscrites du chef du défunt? Pas davantage, car on ne peut reconnaître

(1) Valette. *Mélanges de droit et de jurisprudence*, tome II, p. 143 et consultation, D, 73, I, 197. — Championnière et Rigaud, *supplément au Traité des droits d'Enregistrement*, n° 604. — Colmet de Santerre, t. IX, n° 169 bis, X.

(2) Il n'est pas douteux que l'héritier bénéficiaire puisse se rendre adjudicataire pour son compte personnel des immeubles héréditaires. Voir cep. en sens contraire, Pau, 2 août 1844, S. 45, 2, 476.

a l'héritier bénéficiaire la faculté de purger. Les articles 2181, 2183, 2184 C. civ. ne l'accordent en effet qu'au nouveau propriétaire, à l'acquéreur, au donataire, toutes personnes qui détiennent l'immeuble hypothéqué en vertu d'un acte translatif de propriété. Ce que le Conservateur des hypothèques doit transcrire sur ses registres, c'est un *contrat d'acquisition* (art. 2181). La purge a donc toujours pour point de départ la transcription d'un contrat ou acte entre vifs translatif de propriété. Comme c'est un bénéfice extraordinaire, exorbitant du droit commun, en ce qu'elle sacrifie dans une certaine mesure l'intérêt du créancier et amoindrit son droit, il faut la restreindre et la renfermer étroitement dans les limites que la loi lui assigne. dérogeant aux principes du droit commun et à la liberté des conventions, le législateur en lui donnant place dans notre Code n'a eu en vue que de favoriser la circulation de la propriété par acte entre vifs. Les acquéreurs sont d'autant plus faciles à trouver que la sécurité qu'on leur offre est plus grande, et rien n'est plus propre à augmenter le nombre des transactions que la perspective de pouvoir facilement affranchir l'immeuble acquis des charges qui le grèvent. Les mutations par décès n'offrent pas le même intérêt : elles sont nécessaires en quelque sorte. Le droit des créanciers ne doit pas être ici sacrifié ; l'intérêt général de la sécurité des transmissions immobilières ne l'exige pas. Le système du législateur du Code civil est très explicable ; il n'a voulu protéger que les mutations entre vifs, les transmissions d'immeubles ou de droits

réels immobiliers par suite de contrats ; et par conséquent, quiconque n'est pas acquéreur par acte entre vifs ne peut prétendre au bénéfice de la purge. Or l'héritier bénéficiaire n'est pas un acquéreur par contrat ; l'adjudication ne lui fait rien acquérir puisqu'il était propriétaire du jour du décès ; elle est à son égard simplement déclarative. Le décès de son auteur l'avait saisi de la propriété ; il ne fait que la conserver en empêchant qu'un étranger se rende adjudicataire. C'est ce que reconnaît implicitement l'Administration de l'Enregistrement, puisqu'elle ne perçoit aucun droit de mutation sur l'adjudication au profit de l'héritier bénéficiaire unique. Et d'ailleurs sa situation est loin d'être identique à celle d'un véritable tiers détenteur. Que ce dernier, en effet, vienne pour une cause quelconque à être évincé de l'immeuble hypothéqué, il est complètement libéré envers les créanciers, car il n'est tenu que *propter rem ; res non ipse debet*. Au contraire, dans la même circonstance, l'héritier bénéficiaire, bien que dégagé de l'action hypothécaire, n'en reste pas moins tenu de l'obligation personnelle contractée par le défunt, car cette obligation frappe indistinctement tous les biens de la succession.

Il ne peut purger, dans l'opinion généralement admise, tant que l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine du défunt par une vente aux enchères, et cependant son bénéfice d'inventaire l'a personnellement affranchi de la dette dont il n'est plus tenu que comme détenteur des biens héréditaires. L'adjudication ne lui faisant rien acquérir, on ne peut sans inconséquence lui permettre

de recourir désormais à une procédure que l'esprit de la loi, non moins que ses termes, dénie d'une façon générale à tous les successeurs à cause de mort même non personnellement tenus de la dette. C'est ce qu'on reconnaît d'ailleurs pour l'héritier pur et simple puisqu'on ne lui accorde jamais la faculté de purger, même dans le cas où il a payé sa part dans la dette, et alors cependant, pas plus que l'héritier bénéficiaire, il n'est personnellement obligé envers les créanciers.

Et à supposer même que l'héritier bénéficiaire puisse procéder à la purge après l'adjudication, la transcription n'en serait pas le préliminaire indispensable. La loi du 23 mars 1855 en a formellement dispensé le jugement d'adjudication rendu au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant (art. 1^{er} n° 4), sans distinguer entre l'héritier bénéficiaire et l'héritier pur et simple, et comme cette dispense est pure et simple, sans restriction ni réserve, elle doit s'appliquer à la purge comme à la transmission de la propriété. Et d'ailleurs de quelle utilité serait ici la transcription ? En matière de purge elle a d'abord pour objet d'avertir les créanciers et de les mettre en demeure de surenchérir si l'immeuble ne leur paraît pas porté à sa valeur véritable. Et en second lieu elle arrête le cours des inscriptions du chef du précédent propriétaire. Or la surenchère est une suite nécessaire de la procédure selon laquelle doivent être vendus les immeubles d'une succession bénéficiaire, toutes personnes peuvent la former, il n'est pas besoin pour cela de transcription. Et d'autre part, aux termes de l'article 2146 Code civil, le cours des inscriptions

du chef des créanciers du défunt est arrêté à la date du décès lorsque la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'héritier adjudicataire n'a pas à se préoccuper de celles qui auraient été prises postérieurement, et cela indépendamment de toute transcription.

Tels sont les arguments que l'on a fait valoir en faveur du système qui denie à l'héritier bénéficiaire la faculté de purger et repousse l'exigibilité du droit de transcription sur l'adjudication prononcée à son profit. Ils ne sont pas sans force, mais nous ne les croyons pas décisifs.

Il est d'abord contestable que la transcription ne soit d'aucune utilité pour consolider la propriété sur la tête de l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession. Au regard des ayant-cause du défunt, cet héritier a acquis un droit nouveau, distinct de celui qui lui appartenait déjà à titre successif. Il est désormais propriétaire comme un étranger, car son titre a été interverti, et de même que tout acquéreur à titre onéreux, il doit pouvoir par la transcription se mettre à l'abri des aliénations non encore transcrites qui avaient pu être consenties par le défunt. Ce qu'il ne pouvait faire en sa qualité d'héritier (arg. art. 1138 Code civil), il doit pouvoir le faire en sa qualité de tiers acquéreur. On ne peut lui objecter la maxime ; *Eum quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, parce que, par l'effet du bénéfice d'inventaire, il s'est soustrait à l'obligation de garantie contractée par son auteur. Il pourra seulement être

condamné à des dommages-intérêts, lesquels ne s'exerceront que sur les valeurs héréditaires (1).

Quant à la purge, nous croyons qu'il faut la permettre à l'héritier bénéficiaire, et qu'elle ne peut avoir lieu même dans ce cas sans la transcription préalable du jugement d'adjudication.

Le premier argument invoqué par les partisans de l'opinion contraire repose sur une interprétation inexacte du mot « *tiers détenteur* » que le législateur emploie dans l'article 2181 Code civil. Le tiers détenteur c'est, selon les expressions de M. Labbé « celui « qui n'est tenu ou poursuivi qu'à cause de la possession qu'il a de l'immeuble hypothéqué » (2), et non pas seulement l'acquéreur en vertu d'un acte entre vifs translatif de propriété. La purge ne doit pas être considérée comme une atteinte aux droits des créanciers dans le seul but de favoriser la circulation de la propriété par vente, échange, donation, etc., c'est-à-dire par contrat ; elle a un but beaucoup plus large : c'est de procurer à tout acquéreur la sécurité dans la possession de l'immeuble afin de lui permettre d'améliorer et d'innover sans qu'il ait à craindre les poursuites de créanciers hypothécaires envers lesquels il n'est pas tenu parce qu'il n'a pas contracté avec eux. C'est un but d'intérêt général au premier chef puisqu'il s'agit du développement de l'agriculture et de la fortune immobilière. Et dès lors, qu'importe la manière dont s'est réalisée l'acquisition, que ce soit par contrat ou à cause

(1) V. Aubry et Rau, t. 2, § 209, note 42.

(2) Revue critique de législation et de jurisprudence, 1856, t. VIII, p. 211.

de mort. Le nouveau propriétaire, qu'il soit acheteur, donataire, héritier adjudicataire ou légataire, doit jouir du même bénéfice parce que les dangers auxquels il est exposé sont les mêmes et que la perspective de ces dangers, de l'éviction par l'hypothèque, l'empêchera de se livrer à des améliorations destinées à augmenter la valeur de son immeuble. La seule question qui doit se poser est celle-ci : l'acquéreur soit par acte entre vifs, soit à cause de mort a-t-il pris envers les créanciers hypothécaires des engagements dont la purge constituerait une violation ? Si oui, il ne peut purger, il doit rester exposé à une éviction dont il a préparé lui-même la menace. Mais s'il n'est qu'un tiers par rapport à ces créanciers, s'il n'est poursuivi que parce qu'il détient l'immeuble objet de leur gage, qu'on lui permette de se dégager par une offre représentant le prix d'acquisition ou la valeur estimative de l'immeuble : il ne viole pas la foi due aux contrats puisqu'il n'a jamais contracté, et il acquiert la sécurité, condition indispensable de toute idée vers le progrès. Or nous avons ici un héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, il n'est plus tenu comme l'est un héritier pur et simple des conséquences des contrats passés par le decujus. Par suite de son acceptation bénéficiaire son patrimoine s'est trouvé séparé du patrimoine du défunt. C'est en quelque sorte la succession dont il est un simple administrateur qui est tenue des engagements du défunt parce qu'on peut la considérer comme continuant sa personne à défaut d'héritier pur et simple. Il faut donc permettre à l'hé-

ritier bénéficiaire de purger, mais on ne peut le lui permettre que s'il agit en son propre nom et non comme administrateur de la succession. Ce n'est qu'après l'adjudication tranchée à son profit qu'il peut user de cette faculté. Cette adjudication, il faut bien le reconnaître, ne lui fait rien acquérir, ne le rend pas propriétaire à l'égard des créanciers puisqu'il l'était déjà à compter du décès; et c'est pour cela qu'on ne peut percevoir le droit de mutation puisque la propriété ne passe pas d'une tête sur une autre; mais elle a pour effet de changer son *titre juridique* de propriété. De propriétaire en qualité d'héritier qu'il était auparavant, il devient propriétaire en qualité de tiers; il s'est géré comme un étranger qui se serait rendu adjudicataire. Que s'il vient à être évincé de l'immeuble, les créanciers qui ont perdu leur action hypothécaire n'en conservent pas moins, il est vrai, leur action personnelle; mais contre qui? contre le défunt, ou mieux le patrimoine héréditaire, et non contre le patrimoine de l'héritier qui en est absolument distinct et ne se confond pas avec lui. En tant que tiers acquéreur, l'héritier bénéficiaire sera intégralement libéré par suite de l'éviction tout comme un simple tiers détenteur, car personnellement il ne doit rien aux créanciers et il n'était tenu des charges de l'immeuble que comme conséquence de sa détention.

Qu'il ne puisse purger avant l'adjudication bien que le bénéfice d'inventaire l'ait personnellement affranchi de la dette, c'est ce qu'il est facile d'expliquer. Et en effet, s'il veut conserver ce bénéfice, il doit se compor-

ter sur les biens de la succession comme un administrateur et non comme un propriétaire. De même que le syndic d'une faillite ou le liquidateur d'une Société, il doit procéder à la liquidation, faire vendre les immeubles aux enchères pour payer les dettes. Les créanciers ont le droit absolu de provoquer une adjudication régulière, d'exiger qu'une vente faite avec les formalités prescrites par la loi intervienne pour fixer la valeur des biens et la somme qui devra leur être répartie ; ils peuvent refuser la valeur estimative qui leur serait offerte par l'héritier. Le législateur a pensé que la voie des enchères procurerait la véritable valeur du bien vendu et il a voulu qu'elle fut obligatoire pour l'héritier lorsque le passif absorberait l'actif de la succession. Ce dernier peut se porter enchérisseur comme toute autre personne et devenir adjudicataire. Dès lors il possède *pro emptore* au lieu de posséder *pro herede*, et il n'est plus comptable que de son prix envers les créanciers de la succession. La mutation du titre de propriété qui s'est produite peut servir de base à la purge. Si les créanciers ne veulent pas se contenter du prix qu'une adjudication régulière vient de déterminer et qui leur est offert par l'héritier adjudicataire, ils poursuivront la surenchère du dixième. M. Labbé résume de la façon suivante la situation de l'héritier : « il est devenu un tiers, dit-il, en face des créanciers » depuis que sa responsabilité d'administrateur a été « transportée par la vente de l'immeuble sur le prix, » donc il peut maintenant purger » (1).

(1) Revue critique de législation et de jurisprudence, 1873-74, p. 341.

Quant à l'objection tirée de ce que l'héritier pur et simple pour partie ne peut procéder à la purge lorsqu'il se rend adjudicataire d'un immeuble héréditaire, même s'il a payé sa part dans la dette, elle se réfute par des considérations que nous avons déjà exposées. Cet héritier en payant ne s'est libéré que de l'obligation personnelle et n'a pu se dégager de l'obligation de respecter l'hypothèque qui est essentiellement indivisible. Toute autre est la situation de l'héritier bénéficiaire. Par l'effet de son acceptation sous bénéfice d'inventaire il s'est rendu complètement étranger à toutes les obligations contractées par le défunt, à celles qui sont indivisibles comme à celles qui sont divisibles, à l'obligation accessoire dérivant du contrat constitutif de l'hypothèque comme à l'obligation principale. On peut ajouter d'autre part qu'il a pour purger une raison décisive qui manque à l'héritier pur et simple. En effet ce dernier étant tenu *ultra vires* et sur ses propres biens de la part qui lui incombe dans les dettes héréditaires, si le prix de l'immeuble dont il se rend adjudicataire ne suffit pas à parfaire sa portion virile dans les dettes hypothécaires inscrites sur cet immeuble, il n'en devra pas moins payer l'excédent, et le payer avec ses deniers personnels; au contraire l'héritier bénéficiaire est complètement libéré dès qu'il a fait abandon aux créanciers des biens héréditaires, alors même que leur valeur serait inférieure à sa part virile dans les dettes.

L'argument tiré de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 ne paraît pas non plus devoir être accueilli. Nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur la por-

tée de cette loi qui n'a eu d'autre but que de régler la publicité des transmissions immobilières, et n'a en rien dérogé aux dispositions des articles 2181 et 2183 Code civil concernant la purge. Et alors même qu'il faudrait admettre que la transcription ne présente dans notre hypothèse aucun intérêt au point de vue de la transmission de la propriété, elle n'en reste pas moins le préliminaire des formalités de la purge, dès qu'on reconnaît que l'héritier bénéficiaire réunit toutes les conditions nécessaires pour y procéder. De plus, en déclarant que toute personne peut former la surenchère après l'adjudication de l'immeuble dépendant d'une succession bénéficiaire, et sans qu'il soit besoin pour cela de transcription, on oublie que deux sortes de surenchère sont possibles : 1^o la surenchère du sixième permise à toute personne, sans qu'il soit nécessaire de faire transcrire le jugement d'adjudication ; 2^o la surenchère du dixième régie par les articles 2181 et suivants du Code civil, permise aux seuls créanciers inscrits ; et pour mettre ces derniers en état de connaître s'ils ont intérêt à surenchérir, l'adjudicataire, que ce soit l'héritier ou un étranger, doit se conformer aux prescriptions édictées par le Code civil pour la purge des privilèges et hypothèques, c'est-à-dire faire transcrire le jugement et notifier l'état des inscriptions (1). Quant à l'article 2146 Code civil, il est ici sans application. L'héritier bénéficiaire adjudicataire est tenu de faire transcrire pour faire fixer son prix relativement aux créanciers inscrits lors de l'ouverture de la succession.

(1) Cass., 16 février 1842, D. 42, 185, S., 42, I., 240.

Nous croyons donc avoir démontré que lorsqu'un héritier bénéficiaire se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession à la suite d'une vente aux enchères réalisée dans les formes prescrites par les articles 987 et 988 du Code de procédure, la transcription lui est utile soit pour méconnaître les droits réels conférés par le décu jus et non encore transcrits, soit pour procéder à la purge des privilèges et hypothèques qui peuvent grever ledit immeuble du chef du défunt ou des précédents propriétaires. Par conséquent le droit de transcription est exigible sur l'acte qui constate l'adjudication, en vertu de l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. Cette doctrine est admise par la majorité des auteurs et par la jurisprudence ⁽²⁾.

II. Faut-il donner la même solution dans le cas d'une adjudication faite à la requête des héritiers qui désirent sortir de l'indivision ? Voyons d'abord en quoi cette seconde hypothèse diffère de la précédente. Plusieurs héritiers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, dans le but de mettre fin à l'indivision provoquent la licitation d'un immeuble héréditaire. La vente n'est plus régie ici par les articles 987 et suivants Code de procédure, mais elle a lieu dans les formes prescrites pour toutes les licitations judiciaires. L'adjudication est prononcée au profit de l'un des héritiers

(2) Aubry et Rau, t. 3 §, 293 bis, note 27. — Pont. Privilèges et Hypothèques, t. 2, n° 4274 bis. — Troplong de la Transcription n° 402. — Dalmbert, Traité de la purge, n° 406 bis. — Labbé, Revue critique de législation et de jurisprudence 1856, p. 211 et 1873-74, p. 337. Cass., 12 et 27 novembre 1872, D. 73, I. 197, S. 73, I. 86. Cass., 12 janvier 1876, D. 76, I., 52., S. 76, I. 81, Cass., 5 mars 1894, D., 94, I. 491, S., 95, I., 149

bénéficiaires. L'article 883 Code civil est applicable car l'indivision cesse ; l'adjudicataire est censé avoir été propriétaire de l'immeuble du jour du décès. Peut-il purger ? Non, a-t-on répondu, car la situation n'est plus la même que dans le premier cas. Cette licitation qui jouit de l'effet déclaratif n'est pas un acte d'acquisition, mais une opération de partage, elle n'a pas fait rentrer l'immeuble dans le patrimoine personnel de l'héritier. Ce dernier le possède toujours à titre successif et non en qualité de tiers acquéreur, *il n'y a pas eu de novation dans son titre*. Or la purge, lui est impossible tant qu'il n'a pas fait passer l'immeuble du patrimoine du défunt dans le sien propre en se gérant comme tiers (1).

Nous répondrons à cette argumentation que la vente par licitation remplace l'adjudication prévue et ordonnée par l'article 806 Code civil. L'héritier bénéficiaire qui s'est rendu adjudicataire n'a pas à revendre une seconde fois l'immeuble dans les formes tracées par les articles 987 et 988 Code procédure civile. Le prix à distribuer aux créanciers est fixé d'une manière légale. La vente, comme dans la première hypothèse, a lieu aux enchères ; leurs intérêts n'en sont pas moins sauvegardés. A leur égard l'adjudication est un acte translatif de propriété. « L'article 883, dit fort bien M. Labbé, « destiné à régler les rapports d'un héritier attribuaire ou adjudicataire d'un bien avec les ayant-cause de ses cohéritiers, n'a rien à faire dans les rapports

(1) Valette, loc. c., M. Planiol, Revue critique de législation et de jurisprudence, année 1891, p. 489.

« de cet héritier avec les créanciers hypothécaires du
« défunt. Il y a plus : l'article 883 a pour but de conso-
« lider la propriété attribuée ou adjugée à l'un des
« héritiers et de préserver celui-ci de toute attaque de
« la part d'ayants cause de ses cohéritiers prétendant
« droit sur des parts indivises du bien dont il s'agit.
« Il serait étonnant que cet article contint la prohibi-
« tion d'une procédure également destinée à consolider
« la propriété issue de l'adjudication » (1). Donc par
rapport aux créanciers du défunt la licitation a changé
le titre de l'héritier de la même manière que s'il avait
acquis l'immeuble à la suite d'une adjudication régie
par les articles 987 et suivants Code procédure civile. A
l'égard de ces créanciers il ne le détient plus au nom de
la succession, mais comme tiers acquéreur ; il n'est plus
comptable envers eux que de son prix d'adjudication.
Il doit pouvoir purger. Qu'il ne le puisse pas lorsqu'il est
attributaire par suite d'un partage, c'est ce qu'il faut
aussi reconnaître. Mais la raison en est que le partage
n'a pas changé son titre même à l'égard des créanciers.
Il ne peut leur offrir la valeur estimative de l'immeuble
qui a été mis dans son lot, il doit la faire déterminer
dans les formes prescrite par les articles 987 et suivants
Code procédure civile, et c'est l'adjudication qui inter-
viendra à la suite de cette procédure qui servira de
base à la purge. En vertu de la même théorie devrait
être assimilée à un partage la licitation amiable faite
sans aucune formalité de justice. L'héritier bénéfi-

(1) Revue critique de jurisprudence, 187-71, p. 348.

ciaire adjudicataire ne peut purger parce qu'il ne peut offrir aux créanciers un prix de vente qui n'a pas été régulièrement déterminé. Cette licitation n'a pas à leur égard un caractère définitif (1).

Les auteurs se prononcent en général pour l'exigibilité du droit de transcription même dans l'hypothèse d'une adjudication sur licitation, si elle a été ordonnée par jugement et réalisée soit à la barre du tribunal, soit devant notaire. La jurisprudence est aussi unanime sur la question. La plupart des arrêts de la Cour de cassation ont été rendus dans cette hypothèse. Le droit de transcription a même été déclaré exigible lorsqu'en même temps que la licitation il a été présenté à l'enregistrement un partage qui attribue la totalité du prix d'adjudication à l'adjudicataire (2).

La doctrine que nous avons soutenue est applicable soit qu'il s'agisse d'un héritier majeur ayant accepté sous bénéfice d'inventaire, soit qu'il s'agisse même d'un mineur émancipé ou non ou d'un interdit, lesquels sont nécessairement héritiers bénéficiaires (art. 461 et 509 Code civil). Il en est de même dans le cas où c'est l'héritier pur et simple de l'héritier bénéficiaire qui se rend adjudicataire, car il succède aux obligations et aux droits de son auteur à l'égard de la première hérédité. Mais la circonstance que l'héritier bénéficiaire est déjà copropriétaire en son nom personnel pour une part indivise de l'immeuble qui lui a été adjugé doit-elle lui faire refuser la faculté de purger? La Cour de

(1) Sol du 14 octobre 1869, Inst. gén. 2542, p. 76

(2) Cass., 10 avril 1843, D. 43, 1, 90, S. 43, 1, 102.

cassation l'a décidé ainsi par un arrêt du 3 février 1874 ⁽¹⁾. La solution contraire nous semble préférable ⁽²⁾. Supposons par exemple un immeuble indivis entre deux héritiers qui l'ont recueilli tant dans la succession de leur père acceptée purement et simplement que dans celle de leur frère acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'un d'eux s'en rend adjudicataire sur licitation. Nous admettons d'une façon générale qu'il peut purger, par conséquent que le droit de transcription est exigible. Et en effet, la licitation n'a pas eu pour effet de faire disparaître les hypothèques constituées par l'héritier dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, elles continuent de subsister de même que celles constituées par l'auteur commun. C'est que l'adjudicataire a acquis non seulement en son nom et comme héritier pur et simple de ce dernier, mais aussi au nom de la succession de son cohéritier qu'il a acceptée bénéficiairement. Son adjudication est de nature à être transcrite pour purger les hypothèques grevant l'immeuble du chef de ce cohéritier. Il n'en sersit autrement que s'il avait procédé purement et simplement en son nom personnel en faisant nommer un curateur au bénéfice d'inventaire pour représenter la succession du cohéritier défunt, car alors les hypothèques provenant du chef de ce dernier s'évanouiraient et la purge n'aurait plus aucun motif.

(1) Cass., 3 février 1874, D. 74, 1, 361, S. 74, 1, 321.

(2) Elle a été admise par jugement du tribunal de Rouen du 21 février 1876, D. 77, 3, 53.

Section II. — **Des Héritiers naturels (1) et des légataires et donataires universels ou à titre universel.**

Nous réunissons dans cette section, d'une part les héritiers naturels, d'autre part les légataires et donataires universels ou à titre universel. Nous supposons que l'une de ces personnes, après avoir accepté purement et simplement la succession qui lui est dévolue pour partie et après en avoir fait déterminer la consistance par un bon et fidèle inventaire, se rend adjudicataire sur licitation faisant cesser l'indivision d'un immeuble héréditaire. Doit-elle le droit de transcription? En d'autres termes, a-t-elle la faculté de purger les hypothèques qui peuvent grever cet immeuble du chef du défunt? Nous croyons que le droit de transcription est exigible, car nous nous proposons de démontrer :

1° Que toutes les personnes que nous venons d'énumérer sont tenues seulement *intra vires successionis* des dettes héréditaires, et cela indépendamment de toute acceptation bénéficiaire ;

(1) La loi du 25 mars 1896 a assimilé les héritiers naturels aux héritiers légitimes en leur accordant la saisine et en les soumettant à l'obligation personnelle et indéfinie de payer les dettes, sauf acceptation sous bénéfice d'inventaire. Nous avons néanmoins à faire connaître leur situation sous l'empire du code de 1804, non seulement dans un intérêt historique, mais parce qu'il peut arriver qu'un de ces héritiers se rende adjudicataire d'un immeuble dépendant d'une succession ouverte antérieurement à la loi de 1896. Quant à l'époux survivant, succédant en pleine propriété et à l'Etat, nous n'avons pas à nous en occuper ici car l'hypothèse d'une adjudication faisant cesser l'indivision n'est pas susceptible de se présenter en ce qui les concerne.

2° Qu'elles ont, par suite, nécessairement la faculté de purger.

I. Dans notre ancien droit coutumier, on divisait les successeurs à cause de mort en deux catégories : les successeurs à la personne, représentant la personne juridique du défunt, et les simples successeurs aux biens. Les premiers qui jouissaient seuls du titre d'héritiers étaient les parents légitimes. Ils étaient investis, à ce titre, de la saisine héréditaire en vertu de la règle : « le mort saisit le vif », c'est-à-dire qu'ils étaient fictivement substitués à tous les avantages que le de cujus avait comme possesseur, sans avoir à former de demande en délivrance ni à faire acte de possesseur. De plus, ils étaient tenus des dettes *ultra vires hereditatis*, c'est-à-dire indéfiniment et sur leur propre patrimoine. Cette dernière règle n'était nullement une conséquence de la première. Elles dérivait toutes deux de l'antique idée de copropriété familiale. Le patrimoine n'appartenait pas seulement au père, mais aussi aux enfants. A la mort du premier, les seconds héritaient d'eux-mêmes en quelque sorte. Ils n'avaient donc pas besoin d'une investiture, d'un ensaisinement donné par le seigneur. Quant au paiement des dettes *ultra vires*, il s'expliquait par ce fait que c'était la ligne toute entière qui devait, de même que c'était elle toute entière qui possédait. En vertu de leur lien de parenté, les héritiers ne formaient qu'une seule et même personne avec le de cujus ; il n'y avait pas transmission, mais continuation. Tous autres successeurs universels qui n'avaient pas la qualité de parents

légitimes ne continuaient pas la personne juridique du défunt ; ils ne jouissaient pas de la saisine et n'étaient tenus qu'*intra vires* des dettes héréditaires. C'étaient de simples successeurs aux biens. Ils comprenaient les successeurs irréguliers, les légataires et donataires universels, lesquels, contrairement aux principes du droit romain, n'étaient pas considérés comme de véritables héritiers, ainsi qu'en témoignaient les règles : « *Institution d'héritier n'a point de lieu* ». « *Deus solus hérédem facere potest, non homo* ».

Toute cette théorie des successeurs à la personne et des successeurs aux biens nous est confirmée par nos anciens jurisconsultes. C'est ainsi que Lebrun déclare « que le titre même des héritiers irréguliers contient « une espèce de bénéfice d'inventaire, puisqu'ils ne « sont que des successeurs et non point de véritables « héritiers » (1). De son côté, Pothier dit des successeurs irréguliers qu'ils ne succèdent pas à la personne, mais seulement aux biens ; et sur la situation des légataires universels qui de son temps n'avaient généralement pas la saisine, il s'explique en ces termes : « ils ne sont tenus des dettes, dit-il, que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent ; ils « peuvent, en les abandonnant, se décharger des « dettes. La raison en est qu'ils ne succèdent pas à la « personne du défunt, mais seulement à ses biens ; ils « ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont

(1) Lebrun, liv. III, chap. IV, n° 79.

« une charge des biens ; ils n'en sont pas débiteurs
« personnels (1). »

Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés des traditions de notre ancien droit coutumier, ainsi que cela ressort nettement des travaux préparatoires. Le Tribunat déclare, en effet, dans ses observations sur l'article 1002, Code civil, que « tous les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier sont entièrement détruits » (2). C'est donc que désormais la théorie romaine sur les institutions d'héritier est complètement abrogée. Les légataires universels et à titre universel ne doivent pas être assimilés aux anciens héritiers testamentaires, mais à de simples légataires. L'article 1002 le déclare lui-même : toutes les dispositions, quel qu'en soit le nom doivent être considérées comme des legs. N'est-ce pas là une preuve concluante que le législateur de 1804 a voulu adopter la théorie coutumière qui considérerait les légataires universels comme de simples successeurs aux biens ? S'il avait voulu y déroger, n'aurait-il pas exprimé son intention dans une disposition formelle ? Il n'a donc considéré comme les continuateurs de la personne juridique du défunt que les seuls héritiers légitimes : il leur a, en conséquence, accordé la saisine et imposé l'obligation indéfinie au paiement des dettes (art. 724, C. civ.). Quant aux autres successeurs universels, il les a traités comme de simples succes-

(1) Pothier. Des Successions, chap. V § 2, art. 3. — V. aussi : Coutume d'Orléans, introduction au titre XVI, n° 120r

(2) Loqué, t. XI, p. 324, n° 52.

seurs aux biens : l'article 724, Code civil, ne leur est pas applicable ; ils ne sont tenus des dettes qu'*intra vires*, c'est-à-dire dans la mesure de leur émolument, en vertu de la règle : « *bona non sunt nisi deducto ære alieno* », à la condition toutefois qu'ils aient fait déterminer d'une façon régulière la consistance de cet émolument.

Il ne faut pas voir d'ailleurs une connexité nécessaire entre la saisine et l'obligation *ultra vires*. Cette dernière a sa source dans les liens de famille et ne doit incomber par suite qu'aux héritiers légitimes ; et c'est ce que décide l'article 724, Code civil. Quant à la saisine, le législateur de 1804 l'a accordée : 1° à ces mêmes héritiers légitimes parce qu'il les considérait comme les continuateurs de la personne du défunt (art. 1220 *in fine*) ; 2° aux légataires universels qui ne se trouvent pas en concours avec des héritiers à réserve (art. 1006), auxquels il y a lieu d'assimiler dans la même circonstance les donataires universels, par contrat de mariage, de biens présents et à venir, ou de biens à venir seulement. Mais il n'a pas voulu par là reconnaître à ces légataires et donataires la qualité de successeurs à la personne tenus indéfiniment et sur leur propre patrimoine du paiement des dettes. S'il leur a attribué la saisine, en l'absence d'héritiers à réserve, ce n'est pas, comme on l'a dit souvent, parce qu'il les assimilait aux héritiers institués du droit romain, et par une sorte de transaction entre les systèmes des pays de droit écrit et ceux des pays de droit coutumier, mais parce qu'il n'y avait aucune

utilité à la leur refuser. Il ne faut donc pas en déduire qu'ils sont tenus des dettes *ultra vires emolumenti* à défaut d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Les quelques rares coutumes, notamment celle de Bourgogne et du Nivernais, qui dans notre ancien droit les avaient investis de la saisine héréditaire n'en avaient nullement tiré cette conséquence⁽¹⁾. Qu'ils jouissent ou non de la saisine, les légataires et donataires universels ne sont que des successeurs aux biens et ne doivent être tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillent. Il en est évidemment de même des légataires et donataires à titre universel. Pour tous ces successeurs universels, nous n'avons pas d'ailleurs de texte équivalent à l'article 724 qui leur impose l'obligation *ultra vires*.

Le système qui fait dépendre de la saisine l'obligation indéfinie de payer les dettes est soutenu par la majorité des auteurs⁽²⁾. Mais la jurisprudence n'a adopté ni l'une ni l'autre de ces deux théories. Elle a décidé, jusqu'à ces dernières années du moins, que les successeurs irréguliers, les donataires et légataires universels et à titre universel étaient, comme les héritiers légitimes, tenus *ultra vires* des dettes de la succession, sauf à se décharger de cette obligation par une acceptation bénéficiaire⁽³⁾. Elle déclare d'abord

(1) Loisel. Institutes coutumières, édit. Laboulaye, liv. II, tit. IV, reg. 5, 9 et 14, tit. V, reg. 1.

(2) Aubry et Rau, t. 6 § 583, p. 260 et t. 7 § 723, p. 496. Baudry-Lacantinerie et Wahl. Des Successions, t. I^{er}, n^o 1048. — Baudry-Lacantinerie et Colin. Des Donations et Testaments, t. 2, n^o 2327 et 2328.

(3) Cass. 13 août 1855. D. 51, 1, 781. S. 51, 1, 657. — Poitiers, 16 mars 1844. D. 44, 2, 117. S. 45, 2, 3. — Angers, 1^{er} mai 1867. D. 67, 2, 85. S. 67, 2, 35.

d'une manière générale, réfutant la théorie qui fait dériver l'obligation *ultra vires* de la saisine légale, que la saisine de fait qui résulte de la délivrance volontairement ou judiciairement consentie, ou d'un envoi en possession prononcé par la justice, équivaut à la saisine légale, et qu'on doit considérer dès lors après cette délivrance ou cet envoi en possession, les successeurs qui ont obtenu l'une ou l'autre, comme continuant la personne du défunt de la même manière que les héritiers jouissant de la saisine légale. De plus, en ce qui concerne les légataires, elle tire un argument du rapprochement des articles 873, 1009 et 1012, Code civil. Ces deux derniers articles, porte en substance l'arrêt de la Cour de cassation du 13 août 1851 (1), déclarent que le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel sont tenus des dettes et charges de la succession *personnellement* pour leur part et portion. Or qui dit obligation personnelle dit obligation *ultra vires* et *in infinitum* (art. 2092, C. civ.). Et cela est tellement vrai que lorsque le législateur parle des héritiers légitimes qui eux, bien certainement, sont tenus des dettes *ultra vires*, il ne s'exprime pas autrement : l'article 873 reproduit exactement les expressions des articles 1009 et 1012. Mais cet argument nous paraît facile à réfuter. Il se base sur la fausse supposition que c'est l'article 873 qui impose aux héritiers l'obligation de payer sur leur propre patrimoine et *in infinitum* toutes les dettes de la succession.

(1) D. 51, 1, 381, S. 51, 1, 657.

Or cet article, comme les articles 1009 et 1012, est complètement étranger à la question. L'article 724 est le seul qui ait pour objet de la résoudre ; et nous n'avons pas son équivalent pour les légataires universels et à titre universel. Les articles 1009 et 1012, comme l'article 873, déterminent dans quelle proportion se divise, au regard des créanciers héréditaires, l'obligation du paiement des dettes, et ils font une distinction suivant que les créanciers agissent par l'action personnelle ou par l'action hypothécaire. Dans le premier cas ils poursuivront chacun pour sa part et portion ; dans le second cas ils poursuivront chacun pour le tout. Le législateur a voulu opposer ici l'action personnelle à l'action hypothécaire en les mettant en antithèse, ainsi qu'il l'a fait dans l'article 1017 relatif au paiement des legs. Et il est à remarquer que la Cour de cassation n'interprète pas les termes de ce dernier article en ce sens que les legs doivent être payés *ultra vires* par ceux qui doivent les acquitter. Il résulte donc de ces explications que l'argument tiré des articles 1009 et 1012 n'est qu'une pétition de principe. Le montant des dettes dont le légataire est tenu est proportionnel à la part qu'il prend dans la succession. Voilà tout.

La loi du 25 mars 1896 sur les droits des enfants naturels dans la succession des parents qui les ont reconnus et sur la dévolution de la succession des enfants naturels, attribue la saisine aux héritiers naturels et les soumet à l'obligation de payer les dettes *ultra vires* (nouvel article 724, Code civil). Il n'y a plus désor-

mais comme successeurs irréguliers que le conjoint survivant et l'Etat. Antérieurement à cette loi l'Administration de l'Enregistrement soutenait que les héritiers naturels avaient la faculté de purger parce qu'ils n'étaient tenus qu'*intra vires*, et que par suite le droit de transcription était exigible sur l'adjudication d'un immeuble héréditaire tranchée à leur profit⁽¹⁾, et elle avait même fait prévaloir cette doctrine devant quelques tribunaux⁽²⁾. En ce qui concerne les légataires et donataires universels et à titre universel, elle a adopté la théorie de la Cour suprême. Elle ne leur reconnaît la faculté de purger que lorsqu'ils ont accepté sous bénéfice d'inventaire.

La Cour de cassation qui depuis 1851 n'avait plus eu à se prononcer sur la question a rendu le 12 mai 1897⁽³⁾ un arrêt qui semble marquer un revirement dans sa jurisprudence sur l'étendue de l'obligation aux dettes du légataire universel non saisi. Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, une succession avait été dévolue : 1° au fils unique du défunt, seul héritier réservataire, pour moitié ; 2° à la veuve, légataire de l'usufruit de la quotité disponible ; 3° à deux petits enfants, légataires en nue-propriété de cette même quotité disponible, lesquels devaient être consi-

(1) Sol. du 8 janvier 1883, D. 84, 3, 77 ; Répertoire périodique, n° 6156.

(2) Issoudun, 16 novembre 1887. Rép. pér. 7062 ; Journal de l'Enregistrement n° 22986 ; Montauban, 24 juillet 1889. Journal de l'Enregistrement, n° 23362. En sens contraire. Seine, 6 mai 1893. Rép. pér. 8085, auquel l'Administration a acquiescé par solution du 25 août 1893 (V. Revue critique de législation 1898, p. 206).

(3) D. 98, 1, 164. S. 98, 1, 193 ; Pand. Fr. 97, 6 46.

dérés comme des légataires universels (1). L'un de ces derniers se rendit adjudicataire sur licitation de la pleine propriété d'un immeuble héréditaire. Le droit de transcription était à coup sûr exigible par suite de l'absence d'indivision entre l'adjudicataire nu-propriétaire et les usufruitiers de l'immeuble licité, ainsi que nous l'avons expliqué au chapitre II de cette étude, et c'était là l'unique argument invoqué par l'Administration de l'Enregistrement. La Cour a accueilli sa prétention, mais pour les motifs suivants : « Attendu
« que Gabriel Porte (l'adjudicataire) ne *continuant pas*,
« à raison de l'existence de l'héritier réservataire, la
« personne du testateur, a le droit de faire transcrire
« et qu'il a intérêt à le faire pour purger les hypo-
« thèques pouvant grever les biens acquis par lui, soit
« du chef du *testateur* Jules Porte, soit de celui de
« l'héritier Gaston Porte, plein propriétaire, soit enfin
« de celui de la veuve Jules Porte usufruitière, sans
« qu'il y ait à rechercher si en fait il existe ou non des
« hypothèques sur lesdits biens ». En motivant ainsi sa décision, la Cour considère nécessairement le légataire universel non saisi comme tenu seulement *intra vires* des dettes héréditaires. En effet, elle lui dénie la qualité de continuateur de la personne du testateur; c'est donc qu'elle voit en lui un simple successeur aux biens tenu du paiement des dettes dans la mesure seulement de l'émolument qu'il recueille. Il est à remarquer d'ailleurs qu'elle ne se base pas sur le défaut de

(1) Angers, 28 mars 1878. S. 78, 2, 168.

saisine pour écarter l'obligation *ultra vires*, et elle paraît ainsi adopter le système auquel nous nous sommes ralliés.

II. De ce que les héritiers naturels (sous l'empire du Code civil), les légataires et donataires universels et à titre universel, doivent être considérés comme de simples successeurs aux biens, tenus *intra vires* des dettes héréditaires, même lorsqu'ils jouissent de la saisine (art. 1006, Code civ.), ne faut-il pas en conclure qu'ils sont de tous points assimilables à l'héritier bénéficiaire, et que, comme lui, ils doivent jouir de la faculté de purger lorsqu'ils se rendent adjudicataires d'un immeuble de la succession? On l'a vivement contesté⁽¹⁾ pour le motif qu'ils sont toujours tenus sur leurs biens personnels, à défaut d'acceptation bénéficiaire, et que cette obligation personnelle, quoique restreinte à leur émolument, leur interdirait de se dégager du contrat hypothécaire consenti par le défunt. On s'est appuyé sur les articles 1009 et 1012, Code civil, qui en effet déclarent le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel tenus *personnellement* de toutes les obligations du défunt, « C'est donc
« qu'ils en répondent sur leur propre patrimoine;
« c'est-à-dire sur leurs biens présents et à venir
« (art. 2092, Code civ.), avec cette seule restriction
« qu'à la différence des héritiers saisis, continuateurs
« de la personne du défunt, ils ne peuvent être pour-

(1) Binet, *Revue critique de législation* 1898, p. 206; Tambour, *Traité du bénéfice d'inventaire*, p. 184 et s.; Seine, 6 mai 1893. R-p. per. 8085; V. Aubry et Rau, t. VI, § 638.

« suivis que jusqu'à concurrence de l'émolument de
« leur legs, s'ils peuvent justifier d'une manière régu-
« lière du montant de cet émolument (1) ». Leur
situation serait toute différente de celle de l'héritier
bénéficiaire. Ce dernier a solennellement manifesté la
volonté de rester absolument étranger à la succession
et de se soustraire à toute obligation personnelle et à
la confusion des patrimoines ; les premiers au contraire
par leur acceptation pure et simple se sont obligés
personnellement, quoique dans une mesure déterminée,
au paiement des dettes héréditaires. Or, quiconque est
tenu personnellement doit respecter le contrat qui a
donné naissance à l'obligation ; il doit payer la dette
dans la mesure prévue par la loi et laisser subsister
les garanties hypothécaires qui ont été stipulées. Il ne
peut donc procéder à la purge qui est une violation
du contrat générateur de l'obligation principale et une
rupture du contrat hypothécaire.

L'arrêt précité du 12 mai 1897 ne fait aucune allu-
sion à cette théorie. Dès lors qu'il reconnaît que le
légataire universel non saisi n'est tenu des dettes de
la succession qu'*intra vires hereditatis*, il n'hésite pas
à en conclure qu'il peut purger, et nous croyons que
cette induction n'a rien que de très juridique. Et en
effet les personnes dont il est ici question ne violent
en purgeant aucune des obligations contractées par
leur auteur, car n'étant pas considérées comme les
continuateurs de sa personne juridique, elles n'en sont

(1) Binet, Revue critique de législation et de jurisprudence 1898, p. 206.

pas ténues. Et cela est tellement vrai qu'en pure théorie elles ne devraient pas être assujetties au paiement des dettes de l'hérédité. C'est ainsi qu'en droit romain le légataire partiaire n'en était pas tenu vis-à-vis des créanciers, ni même vis-à-vis de l'héritier, à moins que par des stipulations « *partis et pro parte* », il n'eût contracté l'obligation d'y contribuer au prorata de son émolument ⁽¹⁾. Il en était de même dans notre très ancien droit coutumier ⁽²⁾. On en vint cependant à reconnaître que les successeurs qui sans représenter la personne du défunt étaient seulement appelés à recueillir la totalité ou une quote-part de ses biens devaient, par application de la maxime : « *bona non sunt nisi deducto ære alieno* », contribuer aux dettes et charges de la succession avec les héritiers et dans la proportion de ce qu'ils recueillaient (art. 334 de la Nouvelle Coutume de Paris ; et l'on fut amené à donner contre eux aux créanciers une action personnelle ⁽³⁾. Ces innovations très équitables étaient parfaitement justifiées. Quiconque succède à la totalité ou à une quote-part des biens d'une personne doit subir une réduction à raison des dettes et charges qui les grèvent ; il ne peut prendre l'actif sans acquitter le passif ; il a droit seulement à la différence. Mais il est tenu comme un simple tiers détenteur, *ob rem*, à cause de la possession qu'il a des biens qui sont le gage des créanciers du défunt. Son patrimoine n'a pu être engagé par son

(1) Ulpien, Frag. De fidéicom., tit. 25, § 15.

(2) Loisel, Institutes Coutumières, liv. II, tit. 3, reg. 14.

(3) Aubry et Rau, t. 6, § 583, p. 259 et t. 7, § 723, p. 498.

acceptation pure et simple, parce qu'il succède non aux obligations personnelles de son auteur, mais seulement à ses biens grevés des dettes. Seuls ces biens peuvent être l'objet des poursuites des créanciers, pourvu que la consistance en ait été régulièrement déterminée. Il n'y a pas eu transmission d'un patrimoine, ensemble des droits et obligations d'une personne, mais transmission d'un ensemble de biens. Ces considérations nous paraissent démontrer préemptoirement que la situation du simple successeur aux biens est identique à celle de l'héritier bénéficiaire. L'un et l'autre sont tenus des dettes *intra vires* et dans la mesure de leur émolument; l'un et l'autre sont *personnellement* étrangers aux obligations du défunt, celui-ci par la nature des choses, celui-là en vertu de sa volonté expressément déclarée, et ils ne peuvent être poursuivis sur leurs propres biens. L'argument que l'on tire en sens contraire des articles 1009 et 1012 ne peut subsister devant l'explication que nous avons déjà donnée de ces deux articles. Ils résolvent simplement une question d'obligation aux dettes : ils opposent l'action personnelle des créanciers à l'action hypothécaire⁽¹⁾.

Le revirement de jurisprudence que marque l'arrêt de la Cour de cassation du 12 mai 1897 sera-t-il pris par l'administration de l'Enregistrement pour base d'une théorie nouvelle consacrant l'exigibilité du droit de transcription sur l'adjudication d'un immeuble héréditaire?

(1) V. dans ce sens les décisions et jugements rendus avant 1896 relativement aux enfants naturels.

ditaire prononcée au profit d'un légataire universel non saisi ou d'un légataire à titre universel? Aucune décision n'est encore intervenue à notre connaissance. Mais il est à remarquer que par une solution du 25 août 1893 elle a acquiescé à un jugement du tribunal de la Seine du 6 mai 1893⁽¹⁾ lequel, tout en reconnaissant que l'enfant naturel n'est pas tenu *ultra vires* des dettes héréditaires, lui dénie cependant la faculté de purger pour les motifs que nous avons combattu plus haut. Or la situation des légataires est assurément la même que celle des enfants naturels antérieurement à la loi du 25 mars 1896. Et si la jurisprudence s'inspirant de l'arrêt de 1897 arrive à faire prévaloir à leur égard la doctrine de l'obligation *intra vires*, on soulèvera encore la question de savoir s'il faut en faire résulter la faculté de purger. La Cour de cassation s'est prononcée affirmativement sur l'un et l'autre point. Si l'Administration se prévaut de la première solution, elle adoptera vraisemblablement aussi la seconde qui n'en est qu'une conséquence rationnelle et juridique. L'arrêt de 1897 ne résoud pas la question de l'étendue de l'obligation au paiement des dettes en termes généraux comme celui de 1851; mais ce qui permet de lui accorder une certaine importance, c'est que dans l'espèce il y avait pour justifier la perception du droit de transcription d'autres raisons très sérieuses que l'Administration avait fait valoir dans ses mémoires. La Cour tout en les adoptant a jugé à propos d'y ajouter

(1) Rép. Pér., n° 8085.

le motif que nous venons d'analyser et que l'on n'avait pas cru utile d'invoquer en l'état de la jurisprudence.

Nous croyons devoir terminer par la remarque suivante : La solution du 8 janvier 1883 précitée (1) déclare *in fine* qu'à la différence de l'adjudication prononcée au profit d'un héritier bénéficiaire, celle prononcée au profit de l'enfant naturel donne ouverture au droit de transcription bien qu'elle n'ait pas été faite en justice suivant les formes tracées par la loi pour les ventes aux enchères. Que les ayants-droit se soient conformés aux dispositions prescrites par l'article 806, Code civil, pour la vente des immeubles indivis, ou qu'ils aient procédé entre eux à une licitation amiable, le prix serait donc susceptible d'être offert aux créanciers hypothécaires et pourrait servir de base à la purge, dans l'hypothèse où l'immeuble serait adjugé à un successeur aux biens tenu seulement *intra vires*. Cette solution nous paraît devoir être adoptée. En effet, l'héritier bénéficiaire est un administrateur, et il doit se gérer comme tel, faire vendre les immeubles dans les formes prescrites par la loi, s'il veut conserver son bénéfice d'inventaire. Au contraire, les successeurs irréguliers, les légataires universels et à titre universel peuvent se comporter à l'égard des créanciers comme des propriétaires purs et simples sans perdre le bénéfice qui leur est accordé par la loi de n'être tenus des dettes que dans la mesure de leur émolument; ils peuvent les contraindre à

(1) Rép. Pér., n° 6156, D., 84, 3, 77.

accepter la valeur estimative de l'immeuble ou le prix de l'adjudication amiable, sans avoir à faire déterminer ce prix par une vente aux enchères publiques. L'adjudication à la suite d'une licitation amiable peut donc servir de point de départ à la purge, et c'est par conséquent un acte de nature à être transcrit.

Section III

Des Légataires particuliers

Le légataire particulier à la différence du légataire universel et du légataire à titre universel ne contribue pas au paiement des dettes de la succession. C'est une conséquence de la maxime : *Œs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.* » Mais si un immeuble grevé d'hypothèques lui a été légué, il peut être poursuivi par le créancier. C'est l'application pure et simple de ce principe que l'hypothèque suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe. S'il paie, il aura son recours contre les héritiers ou successeurs universels du défunt ou contre le tiers pour la dette duquel l'immeuble a été hypothéqué. C'est un véritable tiers détenteur tenu seulement *propter rem*. Sa situation ne semble pas différente de celle du donataire. Comme lui, il n'est pas tenu personnellement des obligations de son auteur auxquelles il ne succède pas, en sa qualité d'ayant-cause à titre particulier. Il semble donc que la faculté de purger doive lui être naturellement accordée, car ce n'est pas

lui permettre de violer des engagements auxquels il est resté complètement étranger. « Le légataire particulier, dit M. Pont, ne représente pas la personne du testateur ; il est absolument étranger au contrat qui a donné naissance à l'hypothèque dont est grevé l'immeuble à lui légué ; il n'est tenu qu'à raison de sa détention de l'immeuble : la voie de la purge lui est donc ouverte : à son égard la faculté de purger et celle de délaisser sont entièrement corrélatives⁽¹⁾ ». Cette doctrine est à peu près universellement admise par la doctrine et la jurisprudence⁽²⁾. On a cependant élevé quelques objections tirées soit du fonds du droit, soit des formes de procédure inhérentes à la purge⁽³⁾.

I. — La situation du légataire particulier, a-t-on dit tout d'abord, est loin d'être identique à celle du donataire. Et, en effet, en vertu de la règle « *nemo liberalis nisi liberatus* », un legs ne doit s'exécuter que s'il y a dans la succession un excédent d'actif sur le passif ; il ne peut préjudicier ni directement ni indirectement aux droits des créanciers du défunt. Tout au contraire, la donation entre vifs peut aggraver la position des créanciers du donateur, sauf le cas de fraude. Or, la purge nuit aux créanciers, car elle les oblige à recevoir un paiement

(1) Privilèges et Hypothèques, t. II, n° 126.

(2) Aubry et Rau, t. III, § 293 bis, texte n° 3, note 18. — Labbé. Revue critique de législation, 1856, t. VIII, p. 217, n° 7. — Dalmbert. Traité de la Purge, n° 105. — Colmet de Santerre. Cours analytique de Droit civil, t. IX, n° 169 bis, XI et XII. — Cass., 6 février 188, D., 87, I, 297, S., 89, I, 385 ; Seine, 14 février 1896, et Cass., 28 décembre 1897, D., 98, I, 225, S., 93, I, 145.

(3) Demante. Notes, S., 89, I, 335, et 93, I, 145.

anticipé et souvent partiel ; et dans notre hypothèse, le préjudice va encore s'aggraver, car que se passera-t-il si l'on accorde la faculté de purger au légataire ? Comme il est entièrement libre d'estimer l'immeuble à la somme qu'il lui plaît de fixer, il abaissera son offre d'un peu moins d'un dixième au-dessous de la véritable valeur de l'immeuble de manière à obliger les créanciers à accepter cette offre, sans qu'il ait à craindre l'éventualité d'une surenchère qui induirait ces derniers en perte. Il bénéficiera ainsi de la différence à leur détriment. Il est vrai qu'en matière de donation et d'échange, ces mêmes inconvénients peuvent se produire ; mais d'une part, l'intérêt supérieur de la circulation des immeubles par actes entre vifs doit être pris en considération, et, d'autre part, la situation n'est plus la même, puisque les créanciers doivent subir toutes les conséquences des contrats même à titre gratuit passés par leur débiteur, à moins qu'ils ne prouvent la fraude.

Cette objection qui n'est pas sans force ne nous paraît cependant pas fondée. En effet, deux hypothèses peuvent se présenter, selon que l'héritier a accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Dans le premier cas, le patrimoine du défunt et celui de l'héritier se sont confondus. Ce dernier est devenu débiteur personnel des legs et des dettes dont il est tenu sur ses propres biens. La règle « *nemo liberalis nisi liberatus* » ne peut trouver son application ; les créanciers n'ont plus le droit de

se faire payer avant les légataires. Qu'ils ne se plaignent pas, car ils avaient un moyen d'écarter leur concours : c'était de demander contre eux la séparation des patrimoines. Dans la deuxième hypothèse, nous supposons que l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire, ou que, s'il a accepté purement et simplement, les créanciers ont demandé la séparation des patrimoines contre les légataires. Dans ce cas, ils doivent être payés avant ces derniers (art. 808 et 809, C. civ.). Et alors de deux choses l'une. Ou bien, outre l'immeuble légué, il y a dans la succession des valeurs suffisantes pour l'extinction du passif. Le legs est valable, car il porte sur un bien disponible. Les créanciers qui n'auront pas été désintéressés par l'offre du légataire ou le résultat de la surenchère du dixième, viendront en concours sur le reste des biens avec les créanciers chirographaires. Ils seront intégralement payés, et dès lors la purge ne leur nuit pas. Ou bien au contraire, le reste du patrimoine du défunt est insuffisant pour payer toutes les dettes. L'immeuble légué ne sera pas délivré au légataire, car le decujus ne pouvait en disposer. Si la délivrance avait cependant été faite et que le légataire voulut procéder à la purge, les créanciers pour faire tomber cette procédure n'auraient qu'à demander la nullité et le rapport du legs.

II. — Le second argument que l'on invoque pour denier au légataire la faculté de purger peut se résumer ainsi : la transcription est le préalable obligé de la purge, et sauf le cas de substitution prévu par

l'article 1069, Code civil, la formalité de la transcription est étrangère aux mutations par décès. La loi de 1855, en effet, contrairement au projet de loi préparé en 1849 pour la réforme hypothécaire, en a affranchi les testaments. C'est ce que déclare M. de Belleyne dans les conclusions du rapport fait au nom de la commission du Corps législatif. « S'il était possible, dit-il, de donner au légataire le moyen d'assurer son droit, on pourrait l'assujettir à le faire ; mais lui imposer la formalité de la transcription, c'est lui imposer une condition qu'il ne dépend pas de lui de remplir ⁽¹⁾ ». Le testament n'est donc pas un acte de nature à être transcrit. La transcription qui en serait faite serait inefficace et frustratoire. Cet argument de forme doit suffire pour refuser le bénéfice de la purge au légataire particulier.

Il y a là, croyons-nous, une pétition de principe. La loi de 1855, nous l'avons déjà dit plusieurs fois, ne s'occupe de la transcription qu'au point de vue de la consolidation de la propriété, et c'est à cet égard seulement qu'elle en dispense le légataire. Mais faut-il en conclure que ce dernier ne peut pas la requérir lorsqu'il y a intérêt ? Ce serait vraiment étrange. Sous l'empire du Code civil, la propriété foncière se transmettait à l'égard des tiers en dehors de toute publicité, ce qui n'empêchait pas la transcription d'être nécessaire au point de vue de la purge. Il paraît donc difficile d'en refuser le bénéfice au légataire pour cet

(1) D. P., 55, 4, 27. V. Jur. gén.; V. Transcription hypothécaire, n° 42, 44, 46.

unique motif que son titre d'acquisition n'est pas de nature à être transcrit d'après la loi du 23 mars 1855.

Le légataire unique d'un immeuble hypothéqué doit, s'il veut entamer la procédure de la purge, faire transcrire le testament qui l'institue, car c'est son titre d'acquisition. La transcription du testament présente donc en droit un véritable intérêt, et c'est le cas, semble-t-il, d'appliquer l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. Le droit proportionnel de 1.50 0/0 devrait donc être perçu lors de l'enregistrement. C'est ce que décide d'ailleurs un jugement du Tribunal de la Seine du 14 février 1896 (1). Cependant l'Administration de l'enregistrement ne l'a jamais exigé jusqu'à présent, sauf dans le cas où le legs est fait à la charge de substitution (art. 1069, Code civ.). Au point de vue fiscal, a-t-on dit en ce sens, c'est la déclaration que doit souscrire le légataire et non le testament qui consume la transmission. Considéré comme acte distinct, ce dernier n'est soumis qu'à un simple droit fixe qui doit être perçu indépendamment du droit proportionnel dû pour la mutation, et ce droit proportionnel n'est exigible que lors de la déclaration. On ne se trouve donc pas dans les termes de l'article 54 de la loi de 1816 puisqu'il n'existe pas d'acte qui soit de nature à être transcrit. On a de plus invoqué à l'appui de ce système l'article 3 de la loi du 16 juin 1824, abrogé depuis par l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 1875. Toutes les donations entre vifs ayant pour objet des

(1) Sous Cass., 28 décembre 1897, D. 98, I, 225, S., 93, I, 145.

immeubles étaient soumises en vertu de la loi de 1816 au droit de transcription (arg. art. 939 et 2184, Code civ.). La loi de 1821 vint déroger à cette règle à l'égard des donations à titre de partage anticipé en disposant que ces actes ne supporteraient le droit que lorsque la formalité de la transcription serait requise au bureau des hypothèques. Or cette loi ne parle pas des partages faits dans la forme testamentaire, et cependant son intention n'a pu être de statuer d'une façon différente pour deux cas absolument semblables. C'est donc qu'en principe, l'article 54 de la loi de 1816 est étranger aux testaments⁽¹⁾.

Cette doctrine s'appuie sur des motifs bien fragiles, et elle soulève de graves objections. Déclarer les testaments exempts du droit de transcription parce qu'on ne peut les considérer en droit fiscal comme des actes translatifs, c'est aller à l'encontre de ce principe formulé par une jurisprudence constante, à savoir que le droit de transcription et le droit de mutation sont entièrement distincts l'un de l'autre, et n'ont ni le même fondement, ni les mêmes règles, ni le même objet.

Sous l'empire de la loi de 1816, le premier de ces droits peut être perçu, lors de l'enregistrement, sur les actes dont, quoiqu'ils ne soient pas translatifs, la transcription peut avoir en droit un véritable intérêt. Or, tous les titres de propriété indistinctement qui permettent à un nouveau possesseur de revendiquer la qualité de tiers détenteur sont de nature à être transcrits, car ils

(1) Flandin. De la Transcription, t. 2, n° 1387 et s. 1394.

peuvent servir de base à la purge. Et il en est manifestement ainsi du testament contenant un legs particulier d'immeuble.

Il peut se faire qu'un immeuble ait été légué indivisément à plusieurs personnes et qu'il soit adjugé pour la totalité à l'une d'elles à la suite d'une licitation faisant cesser l'indivision.

Un parti important dans la doctrine soutient que même dans ce cas c'est le testament, et non l'adjudication, qui doit être transcrit pour procéder à la purge, et que, par conséquent, le droit de transcription ne peut être perçu sur le procès-verbal d'adjudication. Le légataire adjudicataire, dit-on, a le droit de purger sa propre part dans l'immeuble des hypothèques qui peuvent la grever du chef du testateur, et quant à cette part le testament seul est son titre d'acquisition. Il peut aussi purger les mêmes hypothèques, grevant les parts dont il s'est rendu acquéreur. Mais par suite de l'effet déclaratif attaché à la licitation, il est censé avoir recueilli seul et immédiatement la propriété totale. Son véritable titre de propriété, c'est donc le testament où se trouve inscrit le legs fait à son profit. L'adjudication a eu pour effet de déterminer ses droits sur l'immeuble d'une façon définitive : elle vivifie en quelque sorte le titre originaire, mais elle ne devient pas ce titre lui-même. Pour purger l'adjudicataire aura à notifier aux créanciers le testament et le certificat de transcription dudit testament, en énonçant toutefois le procès-verbal d'adjudication qui a fait cesser l'indivision. ⁽¹⁾

(1) Demante, *Loc. cit.* ; Testoud, *Revue critique de législat.* 1890 p. 263.

Cette opinion n'a pas été adoptée par l'administration de l'Enregistrement et par la jurisprudence. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1889 affirme purement et simplement que le droit de transcription est exigible sur l'acte de licitation. Celui du 28 décembre 1897 et le jugement du tribunal de la Seine du 14 février 1896, objet du pourvoi, donnent la même solution, mais en la motivant, car dans l'espèce qui leur était soumise les parties prétendaient que le droit de 1,50 0/0 ayant dû être perçu lors de l'enregistrement du testament, la prescription biennale pouvait être invoquée.

Ils déclarent que lorsqu'un immeuble a été légué indivisément à plusieurs, aucun des légataires ne trouve dans le testament qui l'institue un titre complet et suffisant pouvant former la base exclusive de la purge.

En effet, au cours de l'indivision, aucun ne peut purger *proprio motu* sans l'assentiment et le concours des autres, comme tout tiers détenteur d'une part indivise. Ils peuvent, il est vrai, se réunir pour procéder à la purge, mais cette entente est étrangère au testament. C'est l'adjudication qui permet au légataire adjudicataire de purger sans le concours de ses colégataires, en déterminant d'une façon définitive ses droits sur l'immeuble ; c'est donc cet acte qu'il devra porter par la transcription à la connaissance des créanciers, car il constitue le véritable titre préliminaire de la procédure de la purge, et c'est lui par suite, qui rend exigible le droit proportionnel de transcription.

Ce droit doit être perçu, selon nous, même lorsqu'il

s'agit d'une licitation amiable. A la différence de l'héritier bénéficiaire, le légataire particulier n'est pas un administrateur de la succession pour le compte des créanciers ; il peut se prévaloir de sa qualité de propriétaire, comme tout tiers détenteur, et libérer l'immeuble à lui légué des charges qui le grèvent en offrant aux créanciers sa valeur représentative ou son prix d'adjudication ; il n'a pas à se conformer aux dispositions prescrites par l'article 806, Code civil, pour la vente des immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire ⁽¹⁾

La théorie que nous venons de développer reçoit son application en ce qui concerne les légataires d'une quote-part d'usufruit que la jurisprudence des Cours d'appel considère comme des légataires à titre particulier. ⁽²⁾

Si l'usufruit d'un immeuble est légué par indivis à plusieurs personnes, et qu'il soit adjugé sur licitation à l'une d'elles, il y a lieu au droit de transcription. Il faut donner à *fortiori* la même solution lorsque l'un de ces légataires se rend adjudicataire de la pleine propriété de l'immeuble, car il y a de plus ici acquisition de la nue-propriété. (Voir Chap. I et II) L'hypothèse d'un legs d'usufruit est fréquente en ce qui concerne le conjoint survivant. Si ce dernier se rend adjudicataire d'un immeuble de la succession, il doit le droit de

(1) Solutions des 13 juin 1856 et 11 mai 1864, Garnier Répert. gén. 7^e édit. v^e licitation n^o 173.

(2) Pour la Cour de cassation ce sont des légataires à titre universel. Cass. 19 juin 1895. S. 95 I. 336.

1,50 0/0 pour les deux motifs que nous venons d'énoncer. S'il est, comme cela arrive souvent, légataire d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, l'Administration ne le perçoit pas ⁽¹⁾ parce qu'à sa qualité de légataire particulier, il réunit celle de légataire à titre universel et que la doctrine de l'arrêt de la Cour suprême du 13 août 1851 ne permet pas à un légataire à titre universel de procéder à la purge.

Nous croyons la solution contraire plus juridique, ainsi que nous espérons l'avoir établi dans la section II de ce chapitre ; elle peut s'autoriser d'ailleurs de l'arrêt du 12 mai 1897. En ce qui concerne l'adjudication d'un immeuble de la communauté au profit du conjoint survivant légataire en usufruit et en pleine propriété ou en usufruit seulement, la solution de la question de savoir si elle rend exigible le droit de transcription, se trouve dans la section suivante.

Section IV.— De l'Epoux survivant commun en biens adjudicataire d'un immeuble de la Communauté

L'hypothèse où c'est le mari qui se rend adjudicataire ne peut présenter aucune difficulté. Il est en effet tenu des dettes de la communauté en vertu d'une obligation personnelle, et il ne peut s'y soustraire par aucun moyen, ni en renonçant, ni en acceptant sous bénéfice d'inventaire. Comme chef de la communauté il ne doit pas faillir à ses engagements. On ne peut donc lui re-

connaître la faculté de purger, et si l'adjudication à son profit d'un immeuble commun fait complètement cesser l'indivision, le droit de transcription ne doit pas être perçu.

La question peut paraître plus délicate si c'est la femme qui se rend adjudicataire parce qu'elle jouit à l'encontre des créanciers d'un bénéfice spécial, appelé bénéfice d'émolument, qui lui permet de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, c'es-à-dire du profit qu'elle retire, pourvu qu'elle ait fait inventaire dans les trois mois de la dissolution de la communauté (art. 1483, Code civil). Ce bénéfice, a-t-on dit, doit produire, à l'égard de la femme les mêmes effets et les mêmes conséquences que le bénéfice d'inventaire à l'égard de l'héritier. Comme l'héritier bénéficiaire la femme commune n'est tenue des dettes que dans une mesure déterminée. Il y a là pour elle une mesure de protection à l'encontre du mari qui exerce sur les biens communs de très larges pouvoirs d'administration et même de disposition. Le législateur n'a pas voulu que ce dernier pût compromettre le patrimoine propre de sa femme par suite d'une mauvaise gestion. Si l'actif de la communauté est absorbé par le passif, la femme ne prendra rien, car il n'y a pas de bénéfices à partager, mais ses biens personnels seront à l'abri des poursuites des créanciers tout au moins pour les dettes qu'elle n'a pas personnellement contractées. Elle paiera à concurrence de la valeur des biens qu'elle recueille dans la communauté,

comme l'héritier bénéficiaire paie à concurrence des biens de la succession.

Cette valeur doit être fixée à l'égard des créanciers. Or tel est l'objet de la purge. La femme qui se rend adjudicataire d'un immeuble commun et qui peut invoquer le bénéfice d'émolument doit donc faire transcrire l'adjudication, car elle peut offrir aux créanciers la valeur ou le prix de cet immeuble, c'est-à-dire procéder à la purge. Le droit de transcription est donc exigible⁽¹⁾.

Nous ne croyons pas à l'exactitude de cette solution. Elle repose en effet sur une notion inexacte du bénéfice d'émolument qui doit être soigneusement distingué du bénéfice d'inventaire. La femme qui a accepté la communauté est une associée tenue à ce titre de tous les actes accomplis par le mari chef de la société conjugale, et par conséquent des dettes qu'il a pu contracter. Elle ne peut être assimilée à un véritable tiers détenteur, car elle est obligée en sa qualité de commune en biens de respecter le contrat hypothécaire consenti par le mari, sauf à délimiter son obligation en usant de la faveur qui lui accorde la loi. Et c'est pourquoi le bénéfice d'émolument n'opère pas la séparation des patrimoines et n'empêche pas la confusion de s'établir pleinement et irrévocablement entre les biens personnels de la femme et sa part dans la communauté. C'est là une importante différence avec le bénéfice d'inventaire. Elle s'explique juridiquement

(1) Journal de l'Enregistrement n° 15,409.

par ce fait que quiconque est tenu par un lien personnel d'obligation peut être poursuivi sur tous *ses biens* et *in infinitum* (art. 2092, C. civ.). D'où l'inutilité d'une séparation des patrimoines. Le législateur n'a voulu déroger qu'à la dernière conséquence de ce principe en édictant l'article 1483. De là résultent les conséquences pratiques suivantes :

1° La femme ne peut pas comme l'héritier bénéficiaire se décharger de toute obligation à l'égard des créanciers auxquels elle oppose son bénéfice d'émolument en leur abandonnant en nature les biens qui lui ont été attribués par le partage. L'article 802, Code civil, est inapplicable ;

2° Elle peut, sans encourir de déchéance, aliéner les biens qui lui sont échus par le partage sans se conformer aux règles prescrites par la loi à l'héritier bénéficiaire. Elle peut agir comme propriétaire, et non pas seulement comme administrateur.

3° Elle peut être poursuivie par les créanciers de la communauté sur l'émolument qu'elle recueille ainsi que sur son patrimoine personnel, dans la mesure déterminée par l'article 1483, Code civil.

De tout cela, il faut conclure que la femme commune en biens ne peut pas purger. La valeur de son émolument se détermine à l'égard des créanciers par l'estimation faite dans le partage des biens compris dans son lot, et cette estimation peut être contestée par les créanciers, lesquels peuvent provoquer une estimation contradictoire à dire d'experts. La licitation d'un immeuble commun étant une opération du partage, le

prix d'adjudication servira donc à déterminer la valeur de cet immeuble. Mais les créanciers auxquels le prix sera offert n'auront pas à procéder à une surenchère du dixième s'ils le jugent insuffisant : ils provoqueront purement et simplement une expertise. La transcription est donc inutile puisqu'il n'y a pas lieu à la purge, et par suite le droit ne peut être exigé (1).

Section V. — **Des associés dans les sociétés civiles et commerciales.**

Il faut ici préciser soigneusement l'hypothèse dans laquelle peut se poser la question de l'exigibilité du droit de transcription. Supposons tout d'abord qu'après la dissolution de la société un associé se rende adjudicataire sur licitation d'un immeuble apporté par un autre associé. L'Administration de l'Enregistrement et la jurisprudence déclarent exigible le droit de 5 50 % sur la totalité du prix, en vertu de l'article 52 de la loi du 28 avril 1816, car on considère que ce n'est pas de la société, dont le droit de propriété se trouve en quelque sorte résolu, mais bien de l'auteur de l'apport, réputé fictivement en être toujours resté propriétaire, que l'adjudicataire reçoit l'immeuble. L'impôt qui se perçoit alors est celui qui aurait dû être acquitté lors de l'apport en société, mais qui ne l'a pas été parce qu'il n'y a eu qu'une mutation de propriété conditionnelle ne devant se réaliser que si à la dissolution de la société le bien apporté se trouve attribué à un coassocié

de l'auteur de l'apport ⁽¹⁾. Nous n'avons pas à discuter ici l'exactitude de cette théorie; nous ne l'avons sommairement esquissée que pour mettre à part l'hypothèse qu'elle gouverne. Au point de vue de l'exigibilité du droit de transcription, la question de savoir si l'adjudicataire dont nous venons de parler jouit de la faculté de purger ne présente aucun intérêt. C'est l'article 52 de la loi de 1816 qui reçoit son application. Le droit de 1,50 % est ici intimement lié au droit de mutation, puisqu'il ne fait qu'un avec lui; il est dû même au cas où l'adjudication est prononcée au profit d'un associé qui ne peut procéder à la purge des hypothèques constituées sur l'immeuble pendant la durée de la société, comme par exemple un associé en nom collectif, qui est tenu personnellement et indéfiniment sur son propre patrimoine des dettes sociales.

La seule hypothèse qui nous intéresse est celle où un associé se rend adjudicataire, après la dissolution de la société, d'un immeuble dont il a fait lui-même l'apport ou provenant d'une acquisition faite par la société. Dans le premier cas, aucun droit de mutation n'est exigible; dans le second cas, il ne doit être perçu que sur ce qui excède la part de l'associé adjudicataire dans l'immeuble. Mais faut-il percevoir le droit de transcription? Oui, si l'associé peut purger l'immeuble des hypothèques qui le grèvent au profit des créanciers sociaux. La question revient donc à se demander quels sont les associés qui jouissent de la faculté de purger.

(1) Cass., 6 juin 1842, S., 42, 1, 484; Cass., 17 novembre 1850 et 28 janvier 1895, Journal de l'Enregistrement, n° 23493 et 24544.

Aucune difficulté ne peut s'élever semble-t-il, en ce qui concerne les associés tenus personnellement et indéfiniment sur leur patrimoine propre des dettes de la société. On ne peut leur permettre la purge, car ils sont liés par leurs engagements et par le contrat générateur de l'hypothèque. De ce nombre sont les associés en nom collectif et les commandités. Ils sont, en effet, débiteurs personnels et solidaires de toutes les dettes sociales (1). Il faut leur adjoindre les membres d'une société civile qui, bien que n'étant tenus du passif social que jusqu'à concurrence de leur part virile ou du montant de la part d'intérêt qu'ils possèdent (art. 1862, C. civ.), n'en répondent pas moins, pour cette quotité, sur leurs biens personnels. On ne peut leur accorder le bénéfice de la purge; et il n'y a pas lieu de faire de distinction suivant que l'on admet ou non la personnalité des sociétés civiles. Que si, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (2), on décide que la société civile forme un être moral, indépendant de la personne des associés, sa dissolution une fois opérée, ces derniers continuent sa personnalité juridique, comme les héritiers purs et simples continuent la personne du défunt. Ils succèdent à ses obligations et ne peuvent s'y soustraire. Que si, au contraire, on se prononce contre la théorie de la jurisprudence, ces associés n'en sont pas moins tenus personnellement, soit qu'ils aient administré ensemble, soit qu'ils aient délè-

(1) Maguéro. Traité alphabétique des droits d'Enregistrement, v. Société, n° 32, note 1.

(2) Cass., 23 février 1891, D., 91, 1, 337, S., 92, 1, 73.

gué leurs pouvoirs à l'un d'entre eux, qui agit en leur nom et comme leur mandataire. Il faut refuser la faculté de purger alors même que la société civile a emprunté les caractères extérieurs de la société commerciale, de la société anonyme par exemple, si les statuts n'ont pas été publiés conformément à la loi, car alors ces statuts ne sont pas opposables aux créanciers, qui peuvent toujours compter sur la responsabilité indéfinie des associés ⁽³⁾.

La seule hypothèse vraiment délicate est celle où l'adjudication est prononcée au profit d'un associé simple commanditaire ou membre d'une société anonyme. Pour soutenir l'exigibilité du droit de transcription, l'Administration de l'Enregistrement se fonde sur les articles 28 et 33 du Code de Commerce, aux termes desquels les associés dont il est ici question ne sont tenus des dettes sociales que dans la limite de leur mise ou des actions par eux souscrites, et ont par conséquent un intérêt à purger, afin de déterminer à l'égard des créanciers de la société le montant du prix de l'immeuble ⁽⁴⁾. Elle voit donc une différence d'un

(3) Douai, 23 mars 1878, D., 79, 2, 10¹; Bruxelles, 2 février 1882, D., 83, 2, 1. Sol. du 14 mai 1887. — Garnier. Répertoire général, 7^e édition, v. Société, n^o 201.

(4) Elle s'est prononcée en ce sens pour le commanditaire par une solution du 27 septembre 1876, et pour l'actionnaire par une solution du 4 septembre 1880 (rapportées par Marguéro, loc. cit., v. Société, n. 311 F., note 1). Cette dernière a même été rendue dans l'hypothèse d'un actionnaire qui avait été administrateur de la société. Cette qualité n'avait pu le rendre personnellement responsable des dettes sociales; il n'était qu'un mandataire et n'avait contracté aucune obligation personnelle ni solidaire.

La jurisprudence, dans les rares décisions qu'elle a rendues sur ce point, a admis en général les prétentions de l'Administration : Seine, 4 août 1837, Journal de l'Enregistrement n^o 11855; Le Havre, 8 mai 1845, Journal de l'Enregistrement, n^o 1353; Reims, 2 mars 1887, Répertoire périodique, n^o 6115, Paudectes françaises, 87 1 et 5.

grand intérêt pratique entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux au point de vue de la purge. Ce système peut fort bien se soutenir, parce que dans un cas les créanciers n'ont eu en vue en contractant que les capitaux de la société qui seuls leur serviront de gage, tandis que dans l'autre ils ont contracté *in intuitu personæ* et comptaient avoir pour gage tout le patrimoine des associés. Les commanditaires et les actionnaires ne sont pas tenus personnellement, au delà du montant de leur commandite ou de leurs actions, de la dette garantie par l'hypothèque, et s'il est vrai qu'ils aient été représentés au contrat hypothécaire par les commandités ou les administrateurs, on ne saurait soutenir qu'ils violent ce contrat en purgeant, attendu que dans l'intention des parties l'engagement pris au nom du commanditaire ou de l'actionnaire envers le créancier hypothécaire était nécessairement limité à l'importance de la commandite ou au capital de l'action. Le contrat n'est pas violé, car l'engagement de laisser vivre l'hypothèque n'a pas été pris d'une façon absolue, mais dans des limites que les mandataires des associés n'avaient d'ailleurs pas le droit de dépasser. Et que le créancier ne se plaigne pas : il n'ignorait pas, en effet, qu'il contractait avec une société en commandite ou anonyme, et que dans ces sociétés le capital social sert en quelque sorte de mesure à tous les engagements.

Le système contraire a cependant été soutenu. Le tribunal de Marseille, par un jugement du 2 janvier 1895, a déclaré que l'acte constatant à la suite de la

dissolution d'une société anonyme par actions, l'attribution de l'immeuble social à l'actionnaire qui en avait fait l'apport, ne pouvait servir de base à la purge et par conséquent n'était pas de nature à être transcrit ⁽¹⁾. Il invoque à l'appui de sa thèse les deux arguments suivants :

L'actionnaire, dit-il d'abord, n'est pas tenu sur son patrimoine propre des dettes sociales, cela est certain ; mais il a concouru aux contrats constitutifs d'hypothèque parce qu'il a été représenté par les administrateurs de la société, ses mandataires, et lorsqu'il reprend l'immeuble apporté ou s'en rend adjudicataire, il est tenu des dettes hypothécaires grevant cet immeuble du chef de la société, non comme tiers acquéreur, mais comme associé tenu de respecter le contrat hypothécaire.

Nous avons déjà réfuté en partie cette argumentation. Elle assimile l'associé dans une société anonyme au tiers qui a constitué un hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui, et cette assimilation nous paraît manquer de justesse. Si la caution réelle ne peut purger, c'est qu'elle s'est engagée à garantir sur ses biens l'obligation d'un autre, et a consenti à ce que la sûreté qu'elle donnait subit le sort de l'obligation principale et ne s'éteignit qu'autant que cette obligation serait exécutée. En purgeant, elle retirerait la sûreté hypothécaire qu'elle a donnée. Mais toute autre est la situation de l'actionnaire. Il n'a pris, ou plutôt les

(1) D., 96, 1 321. — Binet, v. *Revue critique de Législation*, 1898, p. 195.

administrateurs de la société n'ont pu prendre en son nom aucun engagement de cette nature. Il n'est tenu des dettes sociales que jusqu'à concurrence du capital de son action, et c'est dans ces limites seulement qu'il a figuré au contrat hypothécaire. Dès qu'il a versé le montant de son action, les créanciers sociaux n'ont plus aucune action contre lui, et il peut les contraindre, par la purge, à accepter son prix d'adjudication qu'il leur offre.

Le second argument invoqué par le tribunal nous paraît plus spécieux. Il rappelle la jurisprudence d'après laquelle l'être moral société ne disparaît et ne s'efface qu'après la liquidation consommée, ce qui n'a lieu qu'après le paiement des dettes; et il pose le dilemme suivant : De deux choses l'une, ou bien lors de l'adjudication ou de la reprise d'apport le passif de la société est réglé d'une façon quelconque, et alors il ne peut y avoir lieu à purge pour des dettes qui n'existent plus, et la transcription est sans utilité; ou bien, au contraire, les dettes hypothécaires subsistent, et alors, la liquidation n'étant pas terminée, la société subsiste comme personne morale; les créanciers conservent sur les biens qui en dépendent et qui sont leur gage exclusif tous les droits qu'ils avaient avant la dissolution. Le partage ou l'adjudication qui a fait rentrer l'immeuble dans les mains de l'associé apporteur ne leur est pas opposable et ne peut porter atteinte à leurs droits parce qu'ils ne sont pas intervenus; spécialement ils ne peuvent être tenus d'accepter l'offre qui leur serait faite ou de surenchérir.

Ces considérations ne nous semblent pas déterminantes. La théorie de la survivance de la personnalité morale de la société dans l'intérêt de sa liquidation n'est en réalité qu'une simple fiction qu'il ne faut pas étendre au-delà de son but. Le tribunal de Marseille lui donne, croyons-nous, une portée trop générale. La jurisprudence ne l'a admise que pour des raisons d'utilité pratique, à la fois dans l'intérêt des créanciers sociaux et des associés. Que si l'on considèrait ces derniers comme des copropriétaires du jour de la dissolution, on risquerait de porter atteinte aux droits acquis des créanciers et d'entraver les opérations de la liquidation. Les créanciers sociaux devraient en effet subir le concours des créanciers personnels des associés sur les biens de la société qui ne constitueraient plus leur gage exclusif. D'autre part, il y aurait lieu à une multiplicité d'actions qui entraverait la marche de la liquidation, car les associés pourraient, chacun de leur côté, réclamer aux débiteurs de la société leurs parts dans les créances sociales; et réciproquement les créanciers seraient obligés d'actionner chacun des associés pour sa part. Il est donc d'un grand intérêt que toutes les opérations soient concentrées aux mains d'une seule personne représentant la société, le liquidateur. C'est pour ces deux raisons que l'on considère la société comme subsistant jusqu'à sa complète liquidation. Les créanciers sociaux vont se faire payer sur le fonds social à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Mais la purge effectuée par l'associé adjudicataire n'apporte aucune dérogation à cette règle.

Les créanciers ne sont pas lésés dès lors qu'on leur offre le prix d'un immeuble social ou sa valeur estimative, si ce prix ou cette valeur dépassent la part de l'associé dans la dette.

Section VI.— **Des cessionnaires de droits successifs
ou de part indivise**

Jusqu'ici, dans le cours de cette étude, nous avons toujours supposé que les copropriétaires entre lesquels intervenait la licitation avaient un titre commun de propriété, étaient par exemple cohéritiers, colégataires, coacquéreurs, codonataires en vertu d'un seul et même acte. Si la licitation fait cesser complètement l'indivision au profit de l'un des communistes, nous savons que les hypothèques constituées durant l'indivision par les colicitants autres que l'adjudicataire tombent par suite de l'effet déclaratif qui s'y trouve attaché. Nous avons pu nous convaincre d'ailleurs que l'application de l'article 883, Code civil, n'avait pas pour conséquence nécessaire la dispense du droit de transcription parce qu'il y avait toujours lieu de rechercher si l'adjudicataire n'avait pas la faculté de purger les hypothèques nées du chef de l'auteur commun ou des précédents propriétaires, hypothèques que la licitation n'avait pu faire disparaître. Il nous faut maintenant supposer plusieurs copropriétaires dont les droits ne procèdent pas d'un titre commun, par exemple des cohéritiers et le cessionnaire des droits successifs de l'un ou de quelques-uns d'entre eux. L'adjudi-

cation d'un immeuble prononcée au profit du cessionnaire, bien que faisant cesser complètement l'indivision doit-elle être soumise au droit de 1,50 p. % ? La jurisprudence le décide d'une manière à peu près constante. La première décision de la Cour de cassation rendue en ce sens est du 21 janvier 1840 ⁽¹⁾, et depuis cette époque la même solution a toujours été adoptée ⁽²⁾.

Cette jurisprudence nous semble devoir être approuvée. Mais avant de rechercher quels motifs la justifient, nous allons jeter un rapide coup d'œil sur l'ancienne législation fiscale d'où l'on prétend que la théorie du titre commun de propriété tire son origine. Les licitations dans notre ancien droit étaient dispensées des droits de lods et ventes, tandis que les ventes y donnaient lieu. Or, une fraude était à craindre : afin de se soustraire au paiement de ces droits, on pouvait tenter de dissimuler une vente sous l'apparence d'une licitation ; par exemple un tiers qui voulait se rendre acquéreur d'un immeuble considérable pouvait commencer par en acheter une fraction indivise ; puis dans le but apparent de mettre fin à l'indivision existant entre lui et son vendeur, il provoquait la licitation et se rendait adjudicataire de la totalité de l'immeuble sans acquitter aucun droit. Cette fraude ne pouvait aboutir. Le principe de l'effet déclaratif du partage n'avait été introduit que pour exempter des droits seigneuriaux ceux qui avaient une communauté d'ori-

(1) S. 4^e, 1, 309.

(2) Cass., 17 janvier 1881. D. 81, 1, 108 ; S. 81, 1, 229 ; Cass., 10 novembre 1891. S. 92, 1, 103.

gine, soit au point de vue du sang, soit au point de vue de la convention. Tous les auteurs et l'unanimité des arrêts considéraient comme une vente et non comme une licitation l'adjudication réalisée au profit d'un tiers acquéreur d'une part indivise (1). On invoqua d'abord les termes de l'article 80 de la Nouvelle Coutume de Paris qui en admettant la licitation à l'immunité du partage, exigeait formellement qu'elle fut faite *sans fraude*. Or on présumait la fraude quand une personne après avoir acquis d'abord partie d'un immeuble, achetait ensuite le surplus. Puis les jurisconsultes trouvèrent un motif juridique tiré précisément du but qui avait fait admettre la fiction de l'effet déclaratif. Ce but était de consolider un titre préexistant. Or le titre primitif du tiers cessionnaire des droits d'un cohéritier est une vente. En acquérant la totalité des biens indivis, il ne change pas la nature de son titre; il reste un cessionnaire, un acquéreur, et comme tel il doit les droits de lods et ventes sur le montant de son acquisition. La cession de part indivise ou de droits successifs qui lui a été faite n'a pu lui donner le titre d'héritier qu'avait son cédant; il ne peut donc jouir de l'immunité qui aurait existé si l'adjudication s'était réalisée au profit de ce cédant lui-même. C'est ce qu'exprime Pothier en des termes d'une remarquable précision.

(1) Fonmaur. — Des fiefs, n° 307; Guyot. — Traité des fiefs, observations sur les licitations, ch. 3, section 3, § 5; Pothier. — Traité des fiefs, 1^{re} partie, ch. 5, § 13; Arrêt du 13 décembre 1640, cité par Auzanet sur l'article 80 de la Coutume de Paris, page 59 et par Ferrière, commentaire de la Coutume de Paris, édition de 1685, page 444, n° 31; Arrêt du 22 août 1749, cité par Merlin, Rép. V° Licitation, § 1, page 479, 4^e édition.

Après avoir déclaré que l'adjudication prononcée au profit de l'un des copropriétaires originaux est dispensée du droit féodal parce que tenant lieu de partage, elle n'est point un nouveau titre d'acquisition, il ajoute : « Au contraire, par le même principe, si c'est
« l'étranger qui est adjudicataire par la licitation,
« comme le titre en vertu duquel il tenait sa portion
« indivise n'est pas le titre original d'acquisition,
« mais le titre particulier par lequel il avait acquis
« d'un des copropriétaires son quart indivis, il est
« censé avoir acquis aussi, en vertu de ce titre, les
« trois autres quarts qui lui accèdent par licitation ;
« mais le profit de quint n'a été payé que pour un
« quart, pour raison de cette acquisition ; par consé-
« quent, puisqu'il devient propriétaire des trois autres
« quarts en vertu de cette acquisition, il faut qu'il
« achève de payer le profit de quint pour les trois
« quarts qui restent à payer ⁽¹⁾ ».

La distinction entre le titre commun et le titre qui ne l'était pas ne laissa pas que de soulever en pratique d'assez nombreuses difficultés. Elle n'en fut pas moins consacrée par le législateur de la période intermédiaire. La loi du 4 thermidor an IV, en effet, sous la pression des nécessités fiscales et s'inspirant aussi de la législation du Centième denier, soumit au droit de 4 % « les actes translatifs de propriété d'immeubles « réels », et au droit de 2 % « les licitations et les
« retours de partage d'immeubles réels entre les copro-

() Traité des fiefs, 1^{re} partie, ch. 5, section 1, § 2.

priétaires *au même titre* », les autres licitations devant acquitter le droit de 4 %. La loi du 22 frimaire an VII édicta le même tarif pour la vente et la licitation, sans reproduire la distinction de la loi de thermidor an IV (art. 69, § 7, n° 4). La controverse qui s'était produite dans l'ancien droit à propos des droits seigneuriaux ne se serait donc pas renouvelée si la loi du 28 avril 1816 n'était venu établir une nouvelle différence entre les ventes et les licitations, en disposant que les premières seraient soumises invariablement au droit de 5,50 % (art. 52), laissant ainsi les licitations sous l'empire de la règle de l'article 54, qui édicte le droit de transcription pour tous les actes de nature à être transcrits. On fut par suite amené à se demander si la licitation faite au profit du tiers cessionnaire d'une part indivise rentrait dans cette catégorie. L'Administration de l'Enregistrement se prononça pour l'affirmative; sa théorie fut tout d'abord repoussée par la Cour de cassation ⁽¹⁾; mais un revirement complet ne tarda pas à se produire dès 1840, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

On ne peut, croyons-nous, invoquer comme un argument sérieux à l'appui de cette théorie le souvenir de l'ancienne jurisprudence. On ne le retrouve dans aucun texte de notre législation fiscale, ni dans la loi du 22 frimaire an VII, ni dans celle du 28 avril 1816. Cette dernière a voulu faire dépendre la perception du droit de transcription uniquement de la solution d'une

(1) Arrêts des 14 juillet et 10 août 1834, S., 24, 1, 342 et 344.

question de droit civil : c'est pour cela que dans l'article 54 elle a posé une formule si large et si générale. Or, dans l'hypothèse d'une adjudication sur licitation au profit du tiers cessionnaire de droits successifs ou d'une part indivise, la formalité de la transcription est-elle nécessaire soit pour consolider la propriété, soit pour opérer la purge des hypothèques ? Telle est la seule question qui doit être examinée.

Sur le premier point, il faut se reporter à la loi du 23 mars 1855, dont l'article 1^{er}, n° 4, dispense de la transcription au point de vue de la transmission de la propriété les adjudications sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant. Cet article est applicable dès lors qu'il y a cessation complète de l'indivision, car il n'est qu'une conséquence du principe posé par l'article 883 du Code civil, lequel ne consulte pas le titre des copartageants et des colicitants pour attribuer au partage ou à la licitation un effet déclaratif. La transcription n'est donc ici d'aucune utilité. Mais il n'en est pas de même au point de vue de la purge. Le tiers cessionnaire est tenu de faire transcrire le procès-verbal d'adjudication parce que, s'il est affranchi en vertu de l'article 883, Code civil, des hypothèques constituées pendant l'indivision par les copropriétaires autres que son cédant, il reste tenu de celles qui procèdent soit du chef de ce dernier, soit du chef de l'auteur commun ou des précédents propriétaires, et qu'à l'égard de ces hypothèques il est un véritable tiers détenteur ayant la faculté de purger. Tel est le motif juridique qui a été maintes fois invoqué par la Cour

de cassation à l'appui de sa doctrine sur l'absence d'un titre commun entre les colicitants ⁽¹⁾. Il nous paraît de tous points fondé.

Il est tout d'abord certain que les hypothèques constituées pendant l'indivision par les copropriétaires du tiers cessionnaire s'évanouissent en vertu de l'article 883, Code civil. L'opinion contraire a cependant trouvé quelques partisans ⁽²⁾. Le cohéritier cédant, a-t-on dit, en se plaçant dans l'hypothèse d'une cession de droits successifs, n'a traité que pour lui et n'a cédé que ses propres droits; les autres cohéritiers ont réellement transmis au cessionnaire leurs droits par suite de l'adjudication. La fiction de l'effet déclaratif ne peut se produire ici, car elle n'a été créée qu'au profit de ceux qui ont une communauté d'origine, et en l'appliquant au tiers acquéreur on lui donne une extension qui n'a pas été dans la pensée de ceux qui l'ont établie. Lorsque tous les cohéritiers vendent en même temps à un étranger, l'article 883, Code civil, n'est certainement pas applicable. Pourquoi n'en serait-il pas de même au cas où cet étranger adjudicataire a commencé par acheter les droits successifs d'un cohéritier? Il s'agit ici d'un spéculateur qui n'a pas hésité devant les dangers que peut offrir l'indivision; et il faut d'autant moins lui permettre d'invoquer les immunités du partage que le législateur, défiant à son endroit, l'a soumis au retrait successoral (art. 841, C. civ.). Il

(1) Cass., 4 juin 1890, D., 91, 1, 161, S., 91, 1, 135; Cass., 10 novembre 1891, S., 92, 1, 103.

(2) Berger. De la transcription, n° 67 bis et 68. — Revue pratique de Droit français, 1876, t. 42, page 534.

faut donc conclure que cet adjudicataire a acheté aussi bien de ses colicitants que de son cédant et qu'il est tenu des hypothèques nées de leur chef, parce que la licitation n'a pu les faire disparaître.

Nous croyons qu'en présence des termes formels de l'article 883, Code civil, cette opinion ne saurait prévaloir. Cet article, nous l'avons déjà dit, ne consulte pas le titre des copartageants et des colicitants pour attribuer au partage un effet déclaratif. Quel que soit le communiste qui se rend adjudicataire, il doit recevoir son application pourvu que l'indivision cesse d'une manière complète ⁽¹⁾.

Il reste donc les hypothèques pouvant procéder soit du chef du cédant, soit du chef de l'auteur commun ou des précédents propriétaires. A l'égard de ces dernières d'abord, notre cessionnaire est un véritable tiers détenteur. Dès sa première acquisition il avait le droit de les purger, ce que ne pouvait faire peut-être son cédant, aux obligations duquel il n'a pas succédé. Il le peut encore évidemment après l'adjudication, qui n'a pu changer son titre d'ayant-cause à titre particulier à l'égard des créanciers de cet auteur commun ou des précédents propriétaires. Quant aux hypothèques provenant du chef du cédant, la licitation ne peut les faire disparaître; elles grèvent même l'immeuble tout entier et non pas seulement la portion cédée. C'est là une conséquence du principe que le copartageant auquel l'immeuble est échu est réputé

(1) Cass., 27 janvier 1857, D., 57, 1, 5, S., 57, 1, 665; Cass., 29 mai 1876, D., 76, 1, 377; S., 76, 1, 297.

en avoir toujours été propriétaire, à l'exclusion des autres copartageants. Les choses se passent comme si le vendeur de la portion indivise avait lui-même figuré au partage et avait vendu l'immeuble entier après l'avoir reçu dans son lot.

Antérieurement à la licitation, le tiers cessionnaire a théoriquement le droit de purger les différentes hypothèques dont nous venons de nous occuper; mais l'exercice de cette faculté trouve un obstacle dans l'indivision, ainsi que cela résulte de nos explications préliminaires sur la purge. L'incertitude sur les résultats éventuels du partage ou de la licitation s'oppose d'une manière absolue à l'efficacité d'une purge dans l'intérêt de celui qui n'a qu'une part indivise dans l'immeuble. Les hypothèques provenant du vendeur sont en effet subordonnées au résultat du partage ou de la licitation; et quant à celles provenant de l'auteur commun et des précédents propriétaires, l'acquéreur ne peut essayer d'en purger l'immeuble, car il ne sait pas encore s'il lui appartiendra d'une manière définitive. « Tant que dure l'indivision, dit M. Demante, le
« cessionnaire de portions indivises ne peut purger les
« hypothèques assises du fait de son cédant, car il ne
« peut forcer les créanciers de celui-ci à surenchérir
« une part indivise (art. 2205, C. civ.); donc, après le
« partage ou la licitation, le cessionnaire a intérêt à
« faire transcrire son titre, non pas à l'encontre des
« créancier des copartageants (art. 883, C. civ.), mais
« à l'encontre des créanciers de son cédant (1). »

(1) Principes de l'Enregistrement, n° 716.

La licitation en levant l'obstacle ouvre la voie de la purge, et c'est par la transcription de cet acte que la procédure doit être commencée. Il est vrai que le droit a déjà été perçu lors de l'enregistrement de l'acte d'acquisition de la part indivise, et peut-être même la transcription effective en a-t-elle été faite au bureau des hypothèques. Mais c'est là une considération qui n'est d'aucune importance. D'une part le droit doit être perçu toutes les fois que la loi en prononce l'exigibilité, et d'autre part la transcription nécessaire au point de vue de la transmission de la propriété était inopérante au point de vue spécial de la purge. La transcription du jugement d'adjudication sur licitation prononcée au profit du tiers acquéreur est toujours obligatoire et indépendante de la transcription antérieure de l'acte en vertu duquel le colicitant est entré dans l'indivision.

Il y a lieu maintenant de se demander ce qu'il faut entendre par copropriétaires au même titre ou en vertu d'un titre commun, expressions d'ailleurs synonymes. La jurisprudence a reproduit dans ses décisions la définition qu'en avait donnée nos anciens jurisconsultes ⁽¹⁾ et les solutions administratives rendues sous l'empire de la loi du 4 thermidor an IV ⁽²⁾. On doit considérer comme tels ceux qui tiennent leurs droits du même acte ou du même fait, ceux qui possèdent en commun le même immeuble en vertu d'un fait juridique unique, ou d'un titre commun à tous. Tels sont les acquéreurs,

(1) Guyot. Observations sur la licitation, chap. 3, section 3, § 5. — Fonmaur, n° 307. — Pothier, Traité des fiefs, première partie, chap. 5, § 13.

(2) Circulaires de la Régie du 15 thermidor an IV et du 6 vendémiaire an VI, n° 926 et 1001. — Journal de l'Enregistrement n° 4.

les donataires indivis d'un immeuble, lorsqu'ils tiennent leurs droits d'un seul et même acte; les colégataires, les cohéritiers, les successeurs universels ou à titre universel d'un copropriétaire qui se trouvent dans l'indivision avec les autres copropriétaires, car ils sont censés posséder l'immeuble indivis en vertu du même titre que leur auteur. Il en est de même du légataire universel ou à titre universel en concours avec les héritiers. Au contraire n'ont pas un titre commun de propriété le cessionnaire de droits successifs et les cohéritiers du cédant, le vendeur et l'acquéreur d'une part indivise, le donateur et le donataire d'une fraction d'un immeuble, les cessionnaires de deux coacquéreurs ou codonataires.

L'acte par lequel l'acquéreur ou le donataire se rendrait adjudicataire de la totalité de l'immeuble devrait être assujéti au droit de transcription sur la totalité du prix. Mais il devrait en être autrement si la licitation avait lieu au profit du vendeur ou du donateur. Et en effet les hypothèques procédant du chef de l'acquéreur ou du donataire disparaissant (art. 883 Code civil) les seules hypothèques qui continuent à grever l'immeuble sont celles constituées par l'adjudicataire lui-même et celles-là, il ne peut les purger puisqu'il est débiteur personnel des dettes qu'elles garantissent. Le même motif justifie une solution identique dans le cas où un cohéritier se rend adjudicataire à la suite d'une licitation poursuivie entre lui et un tiers cessionnaire. La jurisprudence du Parlement de

Paris (1) avait cependant décidé dans notre ancien droit que les droits seigneuriaux étaient dûs dans cette hypothèse. Mais la majorité des auteurs la combattait (2). « On parviendrait sans doute difficilement, dit Merlin « en rapportant l'arrêt du 22 août 1749, à renverser « une jurisprudence aussi constante ; mais on ne peut « cacher qu'il est plus difficile encore de la justifier par « de bonnes raisons. Ne présentât-elle que l'inconvénient de laisser un héritier maître de frustrer tous « ses cohéritiers de l'affranchissement attaché à sa « licitation, c'en serait assez pour l'empêcher au moins « de s'introduire dans les pays où elle n'a pas encore « pénétré » (3).

Nous n'avons pas l'intention d'énumérer ici tous les cas où la jurisprudence décide qu'il y a absence de titre commun. Il nous a suffi d'énoncer le principe. Il nous paraît intéressant cependant de citer une espèce assez délicate sur laquelle la Cour de cassation s'est récemment prononcée et qui met bien en lumière les raisons qui motivent le paiement du droit de transcription lorsque l'adjudicataire sur licitation n'a pas un titre commun avec ses colicitants. Un immeuble avait été donné par moitié à deux enfants du donateur, aux termes de leurs contrats de mariage passés à des dates différentes. L'acte par lequel l'un des donataires avait cédé ses droits à l'autre, était-il exempt lors de l'enregistrement du droit de transcription ? Le tribunal

(1) Arrêt du 22 août 1749. Merlin, Rep. V° Licitation, § 4, p. 479, quatrième édition.

(2) Pothier, Ferrière, Auzanet, Merlin. — Loc. cit.

(3) Merlin, Loc. cit.

de Beaune auquel le débat avait été soumis se prononça pour l'affirmative, en se basant sur ce que les deux donataires étaient copropriétaires au même titre puisqu'ils tenaient leurs droits d'un auteur commun par suite d'actes d'acquisition ayant une même cause bien qu'intervenues à des dates différentes. Mais son jugement fut cassé par la Cour suprême aux termes d'un arrêt du 4 juin 1890 (1). Et en effet les donataires tenant chacun leurs droits indivis de contrats différents ne pouvaient être considérés comme ayant un titre commun. Ils ne possédaient pas comme les cohéritiers, les colégataires en vertu d'un fait juridique unique, puisqu'ils avaient des titres particuliers et distincts. Et le défaut de communauté dans le titre suspendait pour eux jusqu'à la licitation faisant cesser l'indivision, l'exercice de la faculté de purger que leur conférait leur qualité de successeurs particuliers. Dans l'intervalle qui s'est écoulé entre les deux donations, le donateur a pu en effet hypothéquer la portion indivise qu'il avait conservée dans l'immeuble. Si c'est le premier donataire qui se rend adjudicataire, ces hypothèques seront résolues (art. 883 Code civil). Si au contraire c'est le second en date, elles se consolideront, car les conséquences de l'effet déclaratif ne se produisent qu'à compter du jour où l'indivision a commencé pour celui qui doit en bénéficier. Que ces deux donataires ne puissent pas purger séparément, c'est ce qui n'est pas contestable (arg. art. 2205 Code civil). Mais ils ne peuvent

(1) D. 91, 4. 461, S. 91, I. 135.

même pas se réunir pour purger conjointement, car ils sont dans l'impossibilité de connaître les créanciers auxquels ils devraient faire les notifications prescrites. Ce n'est qu'après la cessation de l'indivision que le sort des hypothèques provenant du donateur commun est définitivement fixé. Ce n'est donc qu'à ce moment que la faculté de purger, jusque là suspendue, peut librement s'exercer. La licitation constitue le titre en vertu duquel la voie de la purge est ouverte à l'adjudicataire. Ce dernier peut offrir son prix aux créanciers dont les hypothèques ne se sont pas évanouies, et comme la transcription au bureau des hypothèques est la première des formalités qu'il doit remplir, son titre est donc un acte de nature à être transcrit d'après l'article 54 de la loi du 28 avril 1816.

Que décider si dans notre hypothèse, les contrats de mariage avaient été passés le même jour, le jour de la célébration des deux mariages? On peut soutenir qu'il y a alors titre commun en considérant que les deux contrats forment dans l'intention des parties un tout unique et indivisible, et constituent des actes corespectifs comme ayant été faits en vue l'un de l'autre. La cession faite par l'un des donataires à l'autre ou l'adjudication prononcée au profit de l'un d'eux ne rendrait donc pas exigible le droit de transcription s'il y avait cessation complète de l'indivision.

La théorie du titre commun peut donc fort bien se justifier au point de vue juridique ainsi que nous avons essayé de le démontrer. Il n'était pas nécessaire pour

la faire triompher d'invoquer le souvenir de notre ancienne jurisprudence. Notre législateur ne s'en est d'ailleurs pas inspiré. C'est par la combinaison des principes juridiques qui gouvernent la matière de la purge que l'on est parvenu à la ressusciter, et le désir de réprimer la fraude a largement contribué à lui donner toute l'ampleur qu'elle possède. Elle est cependant vivement combattue par un grand nombre d'auteurs ⁽¹⁾, et ceux qui n'ont pas accepté le motif juridique qui lui sert de base ont proposé de nombreuses distinctions qui tendent généralement à limiter son application aux seuls cas où la fraude serait à craindre. D'une façon générale on la trouve trop compliquée et trop délicate, car elle met en jeu les principes les plus ardues et les plus subtiles de notre droit civil. « Tout « en rendant hommage aux principes de l'ancien « droit, dit M. Garnier, il est toutefois permis de « regretter leur introduction dans la législation nouvelle. L'avantage financier qu'on en retire ne justifie « pas les complications sans nombre que la règle du « titre commun produit journellement dans la perception de l'impôt, et il n'y a pas de plus grand inconvénient pour une loi bursale que de placer le recouvrement aux prises avec toutes les subtilités du « droit ⁽²⁾ » Ce reproche qui n'est que trop fondé peut être d'ailleurs adressé à la théorie générale du droit de

(1) Demolombe, t. 17, n° 290 et suivants. — Championnière et Rigaud. Traité des Droits d'Enregistrement, n° 2795 et suivants. — Pont, Supplément au Traité de Championnière, n° 572 à 575.

(2) Répertoire général, 7^e édition, — V. licitation n° 112.

transcription. L'étude que nous venons d'en faire en ce qui concerne la matière des licitations suffit à montrer les nombreuses difficultés qu'elle soulève, et ces difficultés proviennent du laconisme des dispositions qui en sont le fondement et la base : l'article 25 de la loi du 21 ventose an VII et l'article 54 de la loi du 28 avril 1816. En terminant cette étude, nous ne pouvons que nous associer à la critique suivante qu'en a fait tout récemment M. Demante : « N'est-il pas « déplorable que la perception d'un impôt mette en « jeu les ressorts les plus vigoureux du raisonnement « et porte à l'extrême acuité l'esprit des interprètes ! « Puisqu'aujourd'hui le vent souffle aux réformes « législatives, qu'on nous débarrasse enfin de l'article 54 de la loi de 1816, sauf à pourvoir par des « procédés meilleurs à des impôts, comme on dit, de « remplacement (1) ».

(1) Note sous cass., 28 décembre 1897, S. 98, 1, 146.

Vu :

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
FLURER.

Vu :

LE DOYEN,
E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer :
Lyon, le 27 mai 1899.

LE RECTEUR,
Président du Conseil de l'Université,
GABRIEL COMPAYRÉ.

Table des Matières

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	5
NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES SUR LA TRANSCRIPTION	7
CHAPITRE PREMIER. — L'article 54 de la loi du 28 avril 1816.....	19
CHAPITRE II. — De l'indivision.....	45
CHAPITRE III. — Cessation de l'indivision.....	86
CHAPITRE IV. — Des cas où il y a lieu à purge.....	108
Section I : Des héritiers légitimes.....	114
Section II : Des héritiers naturels et des légataires et donataires universels et à titre universel.....	133
Section III : Des légataires particuliers.....	149
Section IV : De l'époux survivant commun en biens adjudicataire d'un immeuble de la communauté.....	159
Section V : Des associés dans les sociétés civiles et commerciales.....	163
Section VI : Des cessionnaires de droits successifs ou de part indivise.....	171

IMP. FACULTÉS, R. CAVENNE, 20, LYON.

